



FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ESPECIALIDADE EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
PROFESSOR DOUTOR LUÍS PEREIRA COUTINHO

DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA:
o uso indiscriminado do Poder Judiciário

Elaile Silva Carvalho

Lisboa
2020

Elaile Silva Carvalho

**DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA:
o uso indiscriminado do Poder Judiciário**

Dissertação de Mestrado de Direito e
Ciência Jurídica, especialidade em
Direitos Fundamentais, da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa, como
parte das exigências para a obtenção do
título de Mestre, do ano letivo de
2017/2018.

Professor: Doutor Luís Pereira Coutinho.

**Lisboa
2020**

Elaile Silva Carvalho

**DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA:
o uso indiscriminado do Poder Judiciário**

Dissertação apresentada ao Mestrado de
Direito e Ciência Jurídica, especialidade
em Direitos Fundamentais, da Faculdade
de Direito da Universidade de Lisboa,
como parte das exigências para a
obtenção do título de Mestre, do ano
letivo de 2017/2018.

Dissertação defendida e aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Luís Pereira Coutinho (orientador)
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Dedico este trabalho, primeiramente, aos meus pais, claro.

Dedico-o ainda ao Poder Judiciário brasileiro, do qual faço parte, enquanto magistrada e, cuja experiência, me levou a refletir acerca do tema, pois vivo de perto e diariamente a angústia de uma demanda excessiva de processos judiciais, o que deve ser amplamente discutido, com a busca de soluções para a problemática, considerando o escopo de que o referido Poder possa respirar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe (*in memorian*), que está sempre em mim e foi uma grande incentivadora dos meus projetos de vida e conquistas. Uma pessoa que terá minha eterna admiração.

Sandra Duailibe, obrigada pela força na construção deste trabalho e constante incentivo.

Meu amigo-irmão Neon, você não existe, foram bons os comentários e a troca de ideias.

Agradeço ao Professor Doutor Luís Pereira Coutinho por ter aceitado ser meu orientador e me permitido refletir mais sobre o assunto, em especial com a aplicação de técnicas jurídicas voltadas aos direitos fundamentais.

*“Justiça tardia nada mais é do que
injustiça institucionalizada.”*

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho trata do uso desregrado do Poder Judiciário, decorrente da interpretação abrangente e sem limites do direito fundamental de acesso à justiça. Propôs-se a aplicação das normas de conformação e técnicas de limitação aos direitos fundamentais, como a reserva legal e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, de modo a resolver parte dessa celeuma. Em termos metodológicos, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, optando-se pela pesquisa estatística, bibliográfica e jurisprudencial. Apresentou-se a estatística, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça e relacionada ao Judiciário brasileiro. Há um resultado negativo com a utilização nociva e desenfreada do direito fundamental de acesso à justiça. Verificou-se o aumento excessivo de demandas, muitas das quais poderiam ser solucionadas por meio de métodos extrajudiciais, como acordos, procura dos órgãos administrativos, notificações extrajudiciais, arbitragem, etc. Há alguns anos, o Brasil vem repensando as causas do ajuizamento desenfreado de tantas ações, as quais trazem como um dos problemas, a impossibilidade de uma rápida solução dos litígios, o que pode, inclusive, comprometer a efetividade do direito no caso concreto. Elencaram-se pontos que propiciam o ajuizamento desregrado de ações, de forma direta ou indireta, e que devem ser repensados, entre eles a facilidade de se obter a gratuidade da justiça sem provas da hipossuficiência, o ativismo judicial e as ações sem comprovação de prévio requerimento administrativo, como demonstração do interesse processual.

Palavras-chaves: Acesso à justiça. Poder Judiciário. Direito Fundamental. Conformação. Restrição.

ABSTRACT

This paper deals with the unruly use of the Judiciary Power, resulting from the comprehensive and unlimited interpretation of the fundamental right of access to justice. It was proposed to apply the rules of conformation and techniques for limiting fundamental rights, such as the legal reserve and the principle of proportionality in a broad sense, in order to resolve part of this stir. In methodological terms, the deductive approach method was used, opting for statistical, bibliographic and jurisprudential research. The statistics prepared by the National Council of Justice and related to the Brazilian Judiciary were presented. There is a negative result with the harmful and unrestrained use of the fundamental right of access to justice. There was an excessive increase in demands, many of which could be resolved by means of extrajudicial methods, such as agreements, demand from administrative bodies, extrajudicial notices, arbitration, etc. For some years, Brazil has been rethinking the causes of the unrestrained filing of so many actions, which bring as one of the problems the impossibility of a quick resolution of the disputes, which can even compromise the effectiveness of the law in the specific case. Listed points that favor the unruly filing of actions, directly or indirectly, and that must be rethought, among them the ease of obtaining free justice without evidence of hyposufficiency, judicial activism and actions without previous proof. administrative request, as a demonstration of procedural interest.

Keywords: Access to justice. Judicial power. Fundamental right. Conformation. Restriction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

ANVISA – Agência de Vigilância Sanitária

art. – artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

Coord. – Coordenador

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

DPVAT - Danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre

ed. – edição

EDcl – Embargos de Declaração

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

ES – Espírito Santo

etc. - *et cetera*

J. J. – Joaquim José

JR. – Júnior

HC – *Habeas Corpus*

HIV - *Human Immunodeficiency Virus*

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSS – Instituto Nacional de Serviço Social

IRDR – Incidente de resolução de demandas repetitivas

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MG – Minas Gerais

MS – Mato Grosso do Sul

MT – Mato Grosso

n. – número

ONU – Organização das Nações Unidas

org. – organizadores.

p. – página

PJE – Processo Judicial Eletrônico

PROCON - Programa de Proteção e Defesa do Consumidor

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos

RESP – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

RO – Rondônia

Rp – Representação

RS – Rio Grande do Sul

SAC – Serviço de Atendimento ao Cliente

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

tir. – tiragem

USP – Universidade de São Paulo

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

v. g. – *verbi gratia*

Vol. – Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....	22
2.1 Direitos fundamentais.....	22
2.2 Gerações dos direitos fundamentais.....	29
2.3 Acesso à justiça.....	35
2.4 O Direito fundamental de acesso à justiça como direito à prestação.....	51
2.5 O Direito de acesso à justiça a partir de uma perspectiva internacional e o histórico desse direito no ordenamento jurídico brasileiro	56
3 CONFORMAÇÕES E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	59
3.1 Conformação de direitos fundamentais por meio da organização, procedimento e processo	59
3.2 Âmbito de proteção dos direitos (preservação do conteúdo essencial, proteção do núcleo essencial) e conteúdo juridicamente garantido	64
3.3 Restrições ou limites aos Direitos Fundamentais.....	67
3.3.1 Teorias internas (ou dos limites imanescentes) e externas.....	67
3.3.2 Tipos de restrições aos direitos fundamentais.....	71
3.4 Limites dos Limites	75
3.5 Princípio da proporcionalidade	78
4. A PROBLEMÁTICA ENFRENTADA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COM O SEU USO PREDATÓRIO E ALGUMAS SOLUÇÕES: RESTRIÇÕES, CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	82
4.1 Os números do Poder Judiciário e a morosidade	86
4.2 A gratuidade predatória nos casos em que não há a comprovação de hipossuficiência	97
4.3 As omissões e desvios dos Poderes Legislativo e Executivo e o ativismo judicial	118
4.4 Comprovação de prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão em prazo não razoável, a fim de demonstrar o interesse processual com a prévia pretensão resistida	134
5 CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS	149

1 INTRODUÇÃO¹

O Poder Judiciário possui uma conta estatística que não fecha. Como é possível um país possuir um terço de sua população em número de ações judiciais tramitando, mesmo sendo um dos países mais produtivos do mundo em termos de atividades judiciais?

Este trabalho trata justamente disso: demonstrar a problemática relacionada a um número expressivo de ações judiciais; relacionar algumas razões para esse acontecimento e; sugerir práticas que podem ajudar na diminuição de ajuizamento de ações, sem, contudo, fechar as resoluções para as adversidades encontradas, as quais requerem uma discussão contínua.

Com a globalização, o crescimento do número de consumidores, a complexidade nas relações de conflito, as crises políticas e econômicas, a escassez no número de juízes e servidores do Poder Judiciário, a abertura de inúmeros cursos de Direito no país e a busca incessante por acesso à justiça pós abertura democrática do país, houve uma explosão de demandas judiciais nos últimos anos no Brasil, trazendo um exaurimento no modelo atual de judicialização de conflitos. Logo, há uma necessidade de se repensar a interpretação ilimitada do direito fundamental de acesso à Justiça com o intuito de que sejam encontradas formas de melhorar a utilização do Poder Judiciário² para os fins pelos quais ele existe.

O âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988) está relacionado à não exclusão da apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário³. Porém, muitas vezes, esse

¹Esta dissertação foi escrita conforme as normas convencionadas no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, que não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm essa língua como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa, considerando a nacionalidade da autora. Não foram realizadas alterações nas leis redigidas com a língua portuguesa da época de suas publicações. A normalização da dissertação está em conformidade com as normas estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), órgão responsável pela normalização técnica no Brasil, tendo em vista que a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa não adota uma única norma de padronização oficial e admite quaisquer dessas normas que sejam oficiais. Foram incluídas algumas referências de *sites* da *internet*, o que é inevitável na atualidade e por representar regra habitual no Brasil, seguindo todas as normas da ABNT.

² Será tratado, de forma mais específica, do Poder Judiciário brasileiro em virtude da grande demanda processual que traz muitos problemas ao funcionamento efetivo desse Poder, como será demonstrado no desenvolvimento deste trabalho.

³ Gilmar Mendes denomina o direito de acesso à justiça de princípio da proteção judicial efetiva. Diz o doutrinador que o seu âmbito de proteção abarca não só as lesões e ameaças cometidos pelo Poder Público, mas, também, as derivadas de conflitos privados. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 415.

âmbito de proteção acaba sendo desprestigiado em decorrência do não cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal brasileira de 1988), pois não basta apenas o ajuizamento de uma demanda para a efetividade daquele direito fundamental.

Haverá uma explicação para a necessidade de um reforço na aplicação mais rígida da interpretação das normas de conformação, restritivas e princípio da proporcionalidade, voltadas à prevenção no ajuizamento de demandas, servindo como filtros. Além disso, uma maior atenção a essas normas é essencial ao objetivo que se quer chegar neste trabalho.

A aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo como técnica de restrição dos direitos fundamentais⁴ será um reforço à finalidade aqui perseguida. Esse princípio, segundo a doutrina alemã, possui como orientação o princípio do Estado de Direito (artigo 1º da Constituição Federal brasileira de 1988), pois proíbe o arbítrio e o uso ilimitado de poder. É composto por três subprincípios: adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Não pode ser confundido com o princípio da proporcionalidade da corrente americana, que possui seu fundamento em outro princípio, o do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal). É chamado na doutrina brasileira de razoabilidade e não requer a utilização dos três subprincípios acima mencionados, pois a sua análise se dá pela “mera razoabilidade⁵”.

Essa técnica de restrição dos direitos fundamentais do princípio da proporcionalidade em sentido amplo⁶ não é prevista expressamente na Constituição Federal brasileira, tal qual acontece na Constituição Portuguesa, nos números 2 e 3 do artigo 18. Contudo, a doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade dessa técnica de restrição, com fundamento na teoria alemã, ou seja, com base no Estado de Direito.

⁴ Nas palavras do professor Jorge Miranda: “o apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação, a concordância prática (para empregar a terminologia habitual, embora nem sempre usada nas mesmas acepções.” In: MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 329.

⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204-207.

⁶ Segundo Vieira de Andrade, ao explicar que o n.º 2 do artigo 18º refere-se expressamente à necessidade de restrição, diz que essa referência “deve ser entendida como consagração do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, incluindo a proibição de restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais dos direitos, liberdades e garantias, independentemente de tais restrições afetarem o conteúdo essencial (absoluto) dos preceitos constitucionais”. In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 284.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, mostrou a necessidade de previsão do direito de acesso à justiça após as barbáries acontecidas durante a Segunda Guerra Mundial, quando as vítimas das perseguições e injustiças, ocorridas nesse período, não tinham nenhum acesso à justiça para reclamar os seus direitos. Dessa forma, no intuito de evitar que a humanidade tivesse, mais uma vez, negado o acesso ao Poder Judiciário para a busca e garantia de seus direitos, estabeleceu-se, no artigo 10^o⁷, o direito a um julgamento justo, que inclui o acesso aos tribunais.

Várias normas internacionais preveem esse direito. No sistema Interamericano de Direitos Humanos não poderia ser diferente.

O artigo 8º, 1, da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica⁸, assinada em 1969 e em vigor desde 1978, estatui esse direito. O mencionado artigo descreve diversos direitos e princípios, como o de ser ouvido perante um Tribunal, a razoável duração do processo, a imparcialidade do juiz, a anterioridade da lei e, ainda, o próprio direito de acesso à justiça.

Além de ser estabelecido em normas de direito internacional, o direito de acesso à justiça também possui previsão legal em diversos ordenamentos jurídicos, como nas Constituições brasileira e portuguesa.

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, de 1988⁹, preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. No que diz respeito à Constituição Portuguesa¹⁰, promulgada em 1976, esta estabelece, em seu artigo 20, 1, que “a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus

⁷ “Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”. In: ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

⁸. “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”. In: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. São José da Costa Rica: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 1969.

⁹. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁰ In: PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005]. Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 03 out. 2020.

direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.

Contudo, é importante ressaltar algumas questões relacionadas a esse direito. Há o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Toda pessoa tem acesso aos Tribunais para reivindicar seus direitos. Esse acesso é realizado por meio de um processo, que tem o seu rito legalmente preestabelecido. Ademais, os juízes são escolhidos de acordo com normas preestabelecidas e devem observância ao princípio da imparcialidade. Isso não evita que a sociedade procure a justiça no sistema multiportas, de forma extrajudicial, pois a justiça (em seu sentido mais amplo) e o direito não são monopólio do Poder Judiciário¹¹.

No sistema de justiça multiportas, o indivíduo pode tentar resolver seus conflitos através da autocomposição, conciliação, mediação ou arbitragem, o que vem sendo bastante incentivado, até porque o Poder Judiciário brasileiro encontra-se adoecido por conta da proposição de tantas demandas, o que gera a falta de celeridade devida na solução das lides.

O referido sistema detém formas mais rápidas de solução de um conflito, muitas vezes menos custosas para as partes, além da solução não ser imposta pelo Estado, mas é procurada pelos interessados e trabalhada de forma adequada para atender aos interesses dos participantes.

As leis preveem os pormenores dos procedimentos judiciais, a fim de evitar surpresas e garantir um devido processo legal, como direito à ampla defesa e ao contraditório. Essas leis garantem a organização do rito processual e não podem ser vistas como um obstáculo ao direito fundamental de acesso à justiça, pois elas surgem justamente para garanti esse direito, que, sem organização, acabaria por não tornar a jurisdição eficaz e igualitária. Essas normas são conformadoras, explicadas por J. J. Gomes Canotilho¹², pois visam “completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstracto ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais”.

Todo o processo e o julgamento de uma ação judicial devem ser conduzidos pelo Estado-Juiz, através de um procedimento legal, preestabelecido, sem o qual o direito não

¹¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66. março/abril/maio 2014, p. 65.

¹² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.263.

poderia ser exercido, pois estaria carente de normas complementares para tanto. No Brasil, a Constituição Federal, através do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, estabelece que o ingresso na carreira, cujo cargo inicial é o de juiz substituto, será feito mediante concurso público de provas e títulos.

Nos Tribunais, além dos juízes de carreira, que são promovidos por antiguidade ou merecimento, conforme o artigo 93, inciso II, da Constituição Federal, também são nomeados juízes para ocuparem um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Parte deles é oriunda da carreira do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e a outra parte proveniente de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, cujos Tribunais formam a lista tríplice e enviam ao Chefe do Poder Executivo para nomeação, como previsto no artigo 94 da Constituição Federal.

A busca excessiva de direito por meio de ações judiciais, sem antes procurar os meios extrajudiciais para a solução de conflitos, se tornou um grande obstáculo para a própria manutenção do Poder Judiciário, que vem sendo cobrado diuturnamente pela sociedade. Faz-se necessário imprimir mudanças em suas estratégias de ação, pois já se provou, com números, que o problema não é a falta de produtividade e que esse Poder não comporta mais o inchaço em seu quadro de pessoal, por questões orçamentárias.

Inúmeros fatores contribuem para o aumento do ajuizamento de ações. Destacam-se o alto número de advogados no país, a gratuidade facilitada no sistema de justiça, a indústria dos danos morais, a busca pela fixação de multas judiciais (astreintes), o uso do Poder Judiciário como balcão administrativo, bem como as inúmeras ações de execuções fiscais que tramitam no Poder Judiciário.

As situações da vida são infinitas e não se pode colocar o Poder Judiciário à frente de tudo, como se todos os tipos de situações pudessem e devessem ser analisados por esse Poder, como uma espécie de um poço sem fundo. Isso inviabiliza o funcionamento efetivo desse Poder Constitucional, além de criar monstros jurídicos e levar à deturpação de suas funções constitucionais e do próprio Estado Democrático de Direito.

Não se mostra ideal ao Poder Judiciário tentar resolver as omissões no exercício das funções constitucionais dos outros Poderes, sobretudo em casos típicos de discricionariedade administrativa e política que vão além da reserva legal, até porque os membros do Poder Judiciário não são representantes do povo e não foram eleitos para tal

fim. O Brasil é um país em desenvolvimento e que ainda está em processo de fortalecimento democrático, porém, deve-se ter um parâmetro cada vez maior em relação à não interferência nas competências dos outros Poderes.

Esse é apenas um dos pontos de entrave no correto funcionamento do Poder Judiciário, que já foi, e talvez ainda seja, muito permissivo na criação de teses criativas e que visam à efetivação dos direitos fundamentais, tornando comum e normal pensar que compete a esse Poder resolver o mau funcionamento dos outros Poderes. Isso ocorre em uma amplitude sem limites e inclui a determinação para a construção de estradas, escolas, pontes, creches, matadouros; condenação dos entes jurídicos a fornecerem medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde, realizarem cirurgias e consultas, fornecerem leitos médicos sem o rigor das filas do sistema de regulação do sistema de saúde, além da entrega de leite, fraldas geriátricas, dentre muitos outros exemplos que seguem o mesmo sentido.

Somente quando não se puder resolver um conflito de interesse por outra via, o Poder Judiciário deveria e deve ser acionado. O prévio requerimento administrativo com resposta negativa ou sem resposta dentro de um prazo que não guarda razoabilidade, que demonstra o interesse processual da parte, é uma forma de se racionalizar o uso do referido Poder, que está sendo usado como primeira via para muitos entraves da vida, os quais podem ser resolvidos de forma mais simples.

As estatísticas apresentadas neste trabalho não distinguem a classificação das ações, mas revelam um número surreal de ações judiciais como um todo. O Relatório da Justiça em Números 2019¹³, do Conselho Nacional da Justiça (que integra o Poder Judiciário brasileiro, conforme disposto no artigo 92, I-A, da Constituição Federal), até contempla a classe e o assunto das ações judiciais, mas, pela generalidade com que os dados estão dispostos, não poderiam ser comentados de forma mais específica para o fim de atingir os objetivos aqui pretendidos.

Os trabalhos futuros de estatística dos órgãos interessados podem ser cada vez mais específicos em relação à classificação do objeto dessas ações judiciais (por exemplo, número de ações com pedidos de gratuidade deferidos, ações que contemplam o prévio requerimento administrativo, ações cujos pedidos podem ser classificados como de ativismo judicial), o que trará uma ideia da proporção desses tipos de ações na Justiça brasileira, bem como as formas como podem ser melhor trabalhadas.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019, p. 204-218.

A estatística de ações, levantada pelo Conselho Nacional de Justiça, instituição oficial do Poder Judiciário brasileiro, somada às decisões judiciais mencionadas neste trabalho, servem como indícios de existência das três temáticas (ativismo judicial, gratuidade da justiça sem provas e ausência de prévio requerimento administrativo), vistas como alguns dos problemas no aumento de ações judiciais.

Essas 03 (três) temáticas serão harmonizadas com a defesa da necessidade de aplicação de normas conformadoras e restritivas, além do princípio da proporcionalidade para se demonstrar que há possibilidade de diminuição do ajuizamento dessas ações abusivas (sem limitar inconstitucionalmente o acesso à justiça, mas criando filtros para o aperfeiçoamento do exercício desse direito). Essa abordagem não sanará por completo a problemática pela sua amplitude.

Há muito tempo, no Brasil e no mundo, o direito de acesso à justiça é debatido. A problemática sempre foi sua ampliação e como isso poderia ser feito. Descreve-se um pouco a história desse direito fundamental, no capítulo segundo, e apontam-se quais eram e quais são os maiores entraves ao acesso à justiça. Um dos quesitos de maior entrave ao amplo acesso à justiça dizia respeito às pessoas com poucos poderes econômicos, que não podiam pagar advogado, as custas processuais e demais despesas judiciais para terem acesso aos Tribunais. Esse obstáculo foi combatido com a previsão constitucional de assistência judiciária gratuita no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal¹⁴, previsão de criação e instalação dos Juizados de Pequenas Causas¹⁵ e criação das Defensorias Públicas¹⁶, além do próprio fortalecimento da instituição do Ministério Público, que atua em nome da coletividade, bem como em casos individuais, substituindo aqueles que pleiteiam algum direito e não contam com Defensorias Públicas instaladas nas Comarcas. Nota-se um aumento do número de Defensoria Públicas instaladas, pois

¹⁴ “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. In: BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;” In: *Ibid.*

¹⁶ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)” In: BRASIL. Presidência da República. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2019.

essa instituição cresceu muito no Brasil, desde a sua criação na Constituição Federal de 1988.

Houve também o crescimento na abertura de diversos cursos jurídicos no país e milhares de advogados começaram a surgir, sendo que todos precisam ganhar dinheiro para garantir o seu sustento e de suas famílias. O grande número de advogados no Brasil e a interpretação ilimitada do acesso ao Judiciário, através de ações com todo tipo de pedidos e situações, se tornaram um multiplicador diário na quantidade de demandas ajuizadas. Muitas vezes, essas demandas são aventureiras e temerárias, sem a plena observância das normas conformadoras. Esses profissionais se arriscam profissionalmente ao ajuizarem ações com essas características, pois, na maioria das vezes, seus clientes são beneficiados com a justiça gratuita e, desse modo, não temem que seus pedidos sejam julgados improcedentes no ajuizamento dessas ações, já que não pagarão custas processuais, honorários advocatícios e demais despesas processuais.

Nesse cenário, é patente a banalização no ajuizamento de demandas, o que acaba travando o Poder Judiciário brasileiro.

A lentidão judicial gerou uma imagem negativa do Poder Judiciário brasileiro.

Com a cobrança da sociedade em relação à necessidade de se implementar uma maior rapidez no trâmite dos processos e na efetividade dos trabalhos desenvolvidos pelo Poder Judiciário, as Corregedorias Gerais da Justiça e Conselho Nacional da Justiça iniciaram um trabalho estatístico para mapear, com números, esse quadro de excessivo acervo processual nos diversos Tribunais do país.

A partir desses números, desenvolveu-se um pensamento relacionado às soluções em curto, médio e longo prazo, bem como um aperfeiçoamento do planejamento para combater a lentidão processual e alta demanda processual, o que ainda não resultou em maiores dados positivos, apesar de, desde o ano de 2017, ter se constatado uma estabilização no acervo processual do Poder Judiciário¹⁷.

¹⁷ “O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez na última década, houve de fato redução no volume de casos pendentes, com queda de quase um milhão de processos judiciais. A variação acumulada nesses dois últimos anos foi na ordem de -1,4%. Esse resultado deriva do crescente aumento do total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2018, e da redução da entrada de novos processos no Poder Judiciário, conforme observado nas figuras 45 e 44. Assim, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou, no ano de 2018 foi de 113,7%. O resultado decorre, em especial, do desempenho da Justiça do Trabalho, que praticamente manteve a produtividade do ano anterior apesar da redução de 861 mil novos processos (Figura 47). Dessa forma, houve redução no estoque de 656 mil processos. Há de se destacar que a redução dos processos ingressados pode estar relacionada à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017, tendo entrado em vigor em novembro de 2017. Com relação às

Esses órgãos de fiscalização iniciaram um constante trabalho em relação à busca de uma maior produtividade do Poder Judiciário brasileiro e acompanhamento das taxas de congestionamento¹⁸ de julgamentos e baixa processual.

Apesar do aumento expressivo em torno da produtividade (que corresponde ao quantitativo de sentenças, despachos, decisões, audiências e outros atos judiciais) e o fato de o Judiciário brasileiro ser o mais produtivo do mundo¹⁹, as demandas continuaram e continuam aumentando, diuturnamente, e o tempo de trâmite dos processos não diminuiu, conforme esperado. Muito pelo contrário, os processos novos somam-se ao acervo já existente nos tribunais.

Em um primeiro momento, foi necessário empenho para uma maior produtividade, haja vista a fama negativa de que o Poder Judiciário não produzia como deveria, porém seus resultados demonstraram e continuam demonstrando que o problema não era e não é apenas produzir mais, até porque os juízes e os servidores têm limite em sua capacidade humana, tendo em vista o esforço físico e mental²⁰.

justiças Estadual e Federal, o estoque permaneceu quase constante nos últimos 2 anos. Já nos Tribunais Superiores, houve redução significativa no STJ, -11,9%, e no TSE, -39,1%. Durante o ano de 2018, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 28,1 milhões de processos e foram baixados 31,9 milhões. Houve decréscimo dos casos novos em -1,9%, com aumento dos casos solucionados em 3,8%. A demanda pelos serviços de justiça no ano de 2018 ficou próxima ao patamar aferido em 2012 enquanto que o volume de processos baixados atingiu, no último ano, o maior valor da série histórica. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2018, sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais (que decorrem do término da fase de conhecimento ou do resultado do recurso), tem-se que entraram 19,5 milhões ações originárias em 2018, -6,1% a mais que o ano anterior”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019, p. 79.

¹⁸ “A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base”. In: BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: [¹⁹ BRANCO, José Denilson. O País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e asoerbadados. **Estadão**, 9 set. 2014. Arena Jurídica. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-asoerbadados/>. Acesso em: 31 mar. 2019.](https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/#:~:text=Descri%C3%A7%C3%A3o%3A%20A%20taxa%20de%20congestionamento,per%C3%ADodo%20anterior%20ao%20per%C3%ADodo%20base. Acesso em: 11 jun. 2020.</p></div><div data-bbox=)

²⁰ Segundo Bruno de Macedo Dias: “Embora seja óbvio que a capacidade de prestar jurisdição seja finita, avança-se para a análise de quatro premissas que demonstrarão essa afirmação de modo lógico de quatro premissas que demonstrarão essa afirmação de modo lógico: i) o número de processos que um juiz pode julgar é finito; ii) com a plena observância das garantias constitucionais, o número de processos que um juízo de julgar é bastante reduzido; iii) o número de juízes é finito; iv) é inviável o aumento do número de juízes na proporção necessária para o volume de processos existentes, bem como acompanhar o crescimento.” In: DIAS, Bruno de Macedo. **A Constitucionalidade de Filtros ao Acesso à Justiça como Mecanismo para Assegurar o Funcionamento Sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 135.

Esse trabalho das Corregedorias da Justiça e Conselho Nacional de Justiça teve significado importante, uma vez que nem o Poder Judiciário tinha conhecimento acerca de seus números. Esses quadros estatísticos foram essenciais, inclusive para o próprio autoconhecimento desse Poder. Isso possibilitou a redefinição dos seus problemas e trouxe conhecimento sobre os dados relacionados ao Poder Judiciário. Agora, tenta-se encontrar soluções para seu melhor funcionamento.

O primeiro capítulo faz uma introdução ao assunto. O segundo discorre sobre diversos aspectos doutrinários relacionados a esse direito, bem como de suas características e de sua evolução como direito fundamental. O terceiro dispõe acerca das normas conformes e limites dos direitos fundamentais. O quarto descreve alguns dos principais problemas que levaram o Poder Judiciário a enfrentar a alta demanda judicial, apontando soluções como forma de diminuir o número de ações.

O uso desarrazoado do Poder Judiciário, com o ajuizamento de inúmeras ações judiciais, cujos desenlaces poderiam ser resolvidos de forma mais simples, inspirou o terceiro capítulo. Nele, detalham-se as normas conformes, bem como a teoria da limitação dos direitos fundamentais em algumas situações relacionadas a essa problemática.

O quarto capítulo descreve alguns dos principais problemas que levaram o Poder Judiciário a enfrentar a alta demanda judicial observada e são traçadas algumas alternativas visando diminuir o número dessas ações, mostrando que há uma deturpação na amplitude da interpretação do direito fundamental de acesso à justiça e decisões costumeiras sendo replicadas.

Alguns caminhos para a resolução de parte da problemática aqui discutida trabalham com a finalidade de garantir o fortalecimento da democracia no país²¹, bem como de uma sociedade mais igualitária e republicana, fazendo com que o Poder Judiciário funcione com a rapidez desejada e, também, com a visão de prevenção do seu uso desequilibrado, proporcionando maior qualidade de vida para quem trabalha nesse Poder.

Algumas mudanças políticas e legislativas para combater a alta demanda de ações judiciais são necessárias, é fato. Contudo, foram escolhidas as técnicas jurídicas das normas conformadoras e de restrição aos direitos fundamentais, sendo essa última

²¹ De acordo com Lênio Streck e José Luís Bolzan de Moraes, “o princípio da proporcionalidade constitui um dos pilares do Estado democrático de direito brasileiro, déspota como instrumento metódico de controle de atos – tanto comissivos quanto omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204.

também relacionada ao princípio da proporcionalidade. As normas serão aplicadas ao direito fundamental de acesso à justiça, no intuito de dar um encaminhamento científico para essas adversidades vividas pelo Poder Judiciário brasileiro.

O último capítulo relaciona as conclusões a que se chegaram com a utilização de normas de conformação e restritivas, além do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Impossível o tratamento de todas as formas de solução para o uso desenfreado do Judiciário, até porque são necessários mais estudos estatísticos para se identificar os problemas e se pensar em estratégias resolutivas. Propõe-se aqui uma linha de tentativa, considerando algumas soluções. Contudo, não há a pretensão de se esgotar o assunto, pois existe a necessidade de observação constante da estatística do Poder Judiciário, com verificação dos problemas ainda existentes, erros e acertos. E com as mudanças, vai-se construindo a história.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Para o desenvolvimento do presente trabalho é essencial a discussão, passo a passo, acerca do tema, que envolve um direito fundamental.

Neste capítulo, procura-se definir o que se entende por direitos fundamentais e acesso à justiça, tratando dos seus principais aspectos e classificações, além de sua historicidade e efetivação no mundo e no Brasil.

2.1 Direitos fundamentais

Existem inúmeras nomenclaturas para os direitos fundamentais, o que causa muita confusão no trato da matéria. Isso revela o quão difícil é compreender, exatamente, o significado desse direito.

Portanto, é necessário definir, para o avanço do trabalho, porque será utilizada a terminologia direitos fundamentais, que dará objetividade ao trato da matéria e evitará confusões.

José Afonso da Silva²² e George Marmelstein²³ lembram que, além da utilização de direitos humanos, são usadas várias outras palavras para se designar os direitos fundamentais, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos da pessoa humana, direitos humanos fundamentais, direitos individuais, direitos políticos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem, dentre outras.

Em que pese essas inúmeras nomenclaturas, a Constituição Federal brasileira de 1988 emprega o termo direitos fundamentais, que é o utilizado pela maioria dos doutrinadores, sendo, portanto, o nome mais adequado para se referir a esses direitos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Diante do exposto, esse é o termo adotado nesta dissertação²⁴.

Existe ainda uma certa confusão relacionada à aplicação, como termos sinônimos, entre os direitos humanos e direitos fundamentais.

²² SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 177.

²³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

²⁴ A Constituição Portuguesa de 1976 também utiliza o termo direitos fundamentais, inclusive destina a sua Parte I aos Direitos e Deveres Fundamentais. In: PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005].

Paulo Gonet²⁵ lembra que a Constituição é o local adequado para se guardarem os direitos fundamentais e que o avanço no Direito Constitucional foi, em grande parte, resultado do reconhecimento daqueles direitos como núcleo da proteção da dignidade humana. O direito de acesso à justiça é uma forma de proteger a dignidade da pessoa humana, pois o cidadão pode reivindicar seus direitos ou se proteger através de uma instituição imparcial e com regras preestabelecidas.

Aliás, George Marmelstein²⁶ ensina que não existem direitos fundamentais apenas em leis. A fonte primária desses direitos é a Constituição. O que pode acontecer é que esses direitos fundamentais sejam reforçados através de previsão, em lei, sobre a forma de seu exercício.

Paulo Gonet²⁷ indica a Constituição como o lugar propício para acomodar os direitos fundamentais e, por isso, ele sugere que o que difere o direito fundamental dos direitos humanos é justamente o seu lugar de alojamento. Os direitos humanos se encontram no direito internacional.

Ainda que os distintos ambientes de localização entre os direitos fundamentais e os direitos humanos os diferenciem, eles possuem, em sua essência, o mesmo conteúdo²⁸. André de Carvalho Ramos²⁹, ao tratar dos direitos humanos, diz que esses “consistem em um conjunto de direitos considerados indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.”

Urge mencionar, ainda, que os direitos fundamentais são caracterizados pela universalidade, inalienabilidade/indisponibilidade, historicidade e constitucionalização³⁰.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135.

²⁶ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 18.

²⁷ George Marmelstein define os direitos fundamentais como “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”. In: *Ibid.*, p. 18.

²⁸ Ingo Sarlet reconhece a “íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais que e regionais que as sucederam, de tal sorte que [...] está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado [...] de um direito constitucional internacional”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32-33.

²⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 01.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 142-155.

A universalidade é ampla para alguns direitos³¹. Todas as pessoas possuem o direito fundamental à liberdade de expressão e religiosa, por exemplo. Porém, em relação a outros direitos fundamentais, somente determinados grupos de pessoas, com características muito próprias, é que são titulares, como o direito à previdência social, que é um direito social em que somente aqueles que contribuem para a previdência social e seus beneficiários são titulares³².

Em relação ao tema da universalidade, destaca-se que ele possui restrições no que diz respeito ao seu polo passivo, pois nem todos os direitos fundamentais podem ser cobrados tanto dos particulares quanto dos poderes públicos³³.

É importante frisar que os direitos fundamentais não são absolutos³⁴, nenhum direito o é, em decorrência de sua própria natureza. Devido à relatividade do direito fundamental de acesso à justiça, será aplicado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo em relação à gratuidade da justiça, exigência do prévio requerimento administrativo e ativismo judicial.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁵ reconhece a relatividade dos direitos humanos em seu artigo 29, 2, pelo qual o ser humano poderá ter os seus direitos restringidos pela lei com a finalidade “de assegurar o devido reconhecimento e

³¹ Jorge Miranda defende que “esse princípio, embora inseparável do da igualdade, não se confunde com ele. Todos têm todos os direitos e deveres – princípio da universalidade; todos (ou, em certas condições ou situações, só alguns) têm os mesmos direitos e deveres – princípio da igualdade. O princípio da universalidade diz respeito aos destinatários das normas, o princípio da igualdade ao seu conteúdo. O princípio da universalidade apresenta-se essencialmente quantitativo, o a igualdade essencialmente qualitativo”. In: MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 279-280.

³² Segundo Jorge Miranda, “há direitos que não são de todas as pessoas, mas apenas de algumas categorias, demarcadas em razão de fatores diversos, sejam permanentes, sejam relativos a certas situações; direitos em razão da situação familiar (direitos dos cônjuges, dos pais, dos filhos), da situação econômico-social (direitos dos trabalhadores, dos consumidores), das condições físicas ou mentais (direitos das pessoas com deficiência), da idade (direitos das crianças, dos jovens, dos idosos), do processo penal (direitos dos arguidos), do procedimento administrativo (direitos dos administrados)”. In: *Ibid.*, p. 281.

³³ Em relação à não universalidade alusiva ao polo passivo de cobrança dos direitos fundamentais, Paulo Gonet exemplifica com o direito de petição aos órgãos públicos, descrito no artigo 5º, XXXIV, ‘a’, da Constituição Federal de 1988, que pode ser reivindicado apenas dos Poderes Públicos. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 143.

³⁴ Jorge Reis Novais discorre que “em inúmeras situações, ou até na generalidade dos casos, direitos consagrados na Constituição podem ser limitados ou têm mesmo de ceder completamente perante a maior força ou peso de outros direitos, bens ou interesses, pelo que, nessas situações, se admite ou até se impõe que o legislador – a maioria – limite consequentemente os direitos fundamentais.” In: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 65.

³⁵ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 25 jul. 2020.

respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Uma sociedade não vive pacificamente com direitos fundamentais sem limites, restrições ou ponderações. Se assim fosse, seria mais comum ainda um indivíduo, sob a justificativa de estar exercendo o seu direito ilimitado, sem restrições, atingir o mesmo direito fundamental de outrem, causando-lhe prejuízo e promovendo o caos.

O direito à vida, por exemplo, é relativo. Basta pensar em uma situação em que o cidadão age em legítima defesa e tira a vida de outrem para preservar a sua vida ou a de terceiro. Há uma exclusão de ilicitude, prevista na própria lei processual penal, descrita no artigo 23, II, do Código Penal brasileiro, além da hipótese de pena de morte nos casos de guerra, conforme previsto no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal. Ademais, existem situações de saúde em que não se pode manter uma pessoa viva sob qualquer condição, como no caso das situações de distanásia³⁶, em que há um prolongamento desproporcional e inútil dos sinais vitais de uma pessoa portadora de doença incurável, não sendo recomendável essa situação pelo Conselho Nacional de Saúde e nem pela ética médica³⁷.

O direito fundamental de acesso à justiça também não é absoluto. Para se requerer alguns direitos na justiça, deve-se preencher determinados requisitos processuais, de acordo com as normas legais conformadoras. Não é qualquer pessoa, em qualquer situação, que pode requerer qualquer direito. Existem regras a serem seguidas, até com a finalidade de organizar sua execução, com vias de efetivá-lo, pois o uso ilimitado e a desorganização no procedimento desse direito acabam tornando-o ineficaz³⁸.

Importante deixar claro que o reconhecimento da relatividade dos direitos fundamentais não visa enfraquecê-los, mas, antes de tudo, fortalecê-los com as

³⁶ Izimar Dalboni Cunha explica que “em síntese, pode-se dizer que a distanásia é um procedimento terapêutico que visa o prolongamento artificial da vida ou, em outras palavras, a postergação da morte, causando dor e sofrimento, pois o que está em jogo não é a qualidade da vida, mas a quantidade de vida e que, por consequência, não traz nenhum benefício ao paciente cuja vida encontra-se em estágio terminal”. In: **Eutanásia**: a busca da morte digna. Curitiba: Primas, 2017, p. 145.

³⁷ Conforme o capítulo Primeiro, inciso XXII, do Código de Ética Médica, que trata dos princípios fundamentais, que diz: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”.

³⁸ “Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 152.676 AgR**. Relator, Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 15/9/1995, 1ª Turma. Publicado em: 3/11/1995.

ponderações necessárias. Em determinado caso concreto, é plenamente possível que vários interesses estejam em jogo e é isso que deve ser avaliado a partir da técnica necessária.

A constitucionalização diz respeito à previsão no texto constitucional dos direitos fundamentais, o que é uma característica essencial desses direitos³⁹. Muitos direitos com o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais estão previstos em normas relativas aos direitos internacionais e, por esse motivo, são classificados como direitos humanos. Se forem constitucionalizados, são chamados de direitos fundamentais, como já explicado anteriormente.

A norma prevista no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, tida como direito de acesso à justiça, é classificada como direito fundamental não só pelo seu conteúdo, que proporciona uma certa dignidade ao indivíduo de poder procurar o Estado-Juiz, imparcial, mas por evitar ou sanear qualquer tipo de abuso, com base no princípio da igualdade entre as partes.

Os direitos humanos também não são absolutos. Exemplo disso é a regra de restrição descrita no artigo 18, item 3, da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, que diz que “a liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.”

A inalienabilidade e indisponibilidade revelam que esses direitos fundamentais não são objeto de disposição e alienação por parte do cidadão. O indivíduo pode nunca exercer aquele direito, mas não pode, juridicamente, renunciá-lo. Um exemplo seria a indisponibilidade do direito de acesso à justiça. Nesse caso, o cidadão pode até não acionar a Justiça, mas não pode renunciar a esse direito.

A historicidade indica que os direitos fundamentais sofrem evoluções com o tempo, não sendo estanques. Mudam-se os direitos, suas formulações legais, bem como os processos interpretativos e suas conclusões. Um exemplo da flexibilidade dos direitos diz respeito à pena de morte, que já foi amplamente permitida nos Estados Absolutos,

³⁹ Paulo Gonet defende que “o avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana, merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.” *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135.

sendo “normal” para a época. A maioria das Constituições, hoje, proíbe a referida pena, como a brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, salvo no caso de guerra declarada. No Brasil, a pena de morte foi abolida, legalmente, com a promulgação da primeira Constituição, após a proclamação da República Brasileira. O artigo 72, inciso 21, da Constituição de 1891⁴⁰, aboliu a pena de morte no Brasil, salvo as regras da legislação militar em tempos de guerra.

A discussão doutrinária em torno das gerações de direitos revela o caráter da historicidade dos direitos fundamentais, aqui incluídos os aspectos históricos voltados ao direito fundamental de acesso à justiça. A obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é um exemplo claro de que esse direito possui sua história.

No direito brasileiro, os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, conforme o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, não podendo ser retirados da Constituição, já que também possuem aplicabilidade imediata, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º.

O direito fundamental de acesso à justiça também sofreu transformações através do tempo. Na obra “Acesso à Justiça”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth demonstram a realidade anterior e da época em que fora escrito (o livro original fora publicado no ano de 1978), pois, até o final da década de setenta, anos oitenta, noventa, dois mil, havia grande preocupação de que o valor das custas judiciais, honorários advocatícios e outras despesas judiciais não permitissem que a maior parte da população brasileira, desprovida de recursos financeiros suficientes, tivesse acesso ao Poder Judiciário. Além disso, o Estado deveria se organizar para promover a assistência judiciária gratuita por meio de advogados pagos pelo Estado. Assim, criaram-se os Juizados de Pequenas Causas, que não precisam de advogados para o ajuizamento de ações até determinado valor da causa (vinte salários mínimos)⁴¹, bem como se construiu e se fortaleceu uma jurisprudência para o deferimento dos pedidos de gratuidade da justiça, sem maiores averiguações acerca da capacidade econômica das partes. Bastava ou basta pedir.

Atualmente, ainda existem julgadores que agem assim e acabam por deferir, com muita facilidade, o direito à gratuidade da justiça. Esse tipo de prática representa um grande entrave ao próprio bom andamento do Poder Judiciário, pois muitas pessoas se

⁴⁰. BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 04 fev. 2020.

⁴¹ Conforme o artigo 9º da lei n.º 9.099/95.

sentem motivadas ao ajuizamento dos mais variados tipos de ações, mesmo sabendo que a probabilidade de ter os seus pedidos julgados procedentes é mínima, já que não arcarão com as despesas processuais e honorários advocatícios.

Para assegurar o acesso à justiça às pessoas sem condições econômicas, incrementou-se a prática de nomeação de advogados dativos a serem pagos pelo Estado para quem não tivesse condições de arcar com as despesas de honorários advocatícios (artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988), bem como foram criadas as Defensorias Públicas (artigo 134 da Constituição Federal de 1988), que se expandiram e fortaleceram-se pelo país.

Hoje, em pleno ano de 2020, o acesso à justiça ainda possui problemas como os acima relatados, mas não são os que afligem, hodiernamente, a justiça e sua efetividade. A problemática voltou-se para o excesso de demandas ajuizadas diariamente, muito motivada pela frouxidão de critérios acerca do acesso à justiça daquela época. Todo esse relato serve para demonstrar, ainda, a existência da historicidade do direito fundamental de acesso à justiça.

Outra característica dos direitos fundamentais é a previsão constitucional de sua aplicabilidade imediata, conforme terminologia utilizada no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal brasileira de 1988, ou direta, de acordo com a nomenclatura mencionada no artigo 18, número 1, da Constituição de Portugal. As Constituições alemã e espanhola também possuem essa previsão legal de aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, em particular em seus artigos 1º, número 3 e 33, respectivamente.

A aplicabilidade imediata, nas palavras de George Marmelstein⁴², significa que os direitos fundamentais “não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculantes e plenamente exigíveis.” Essa característica impede que as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais se tornem letra morta, como se fossem apenas previstas formalmente na Constituição, necessitando de atividade legislativa ordinária para ganharem eficácia. Os direitos fundamentais possuem sua base na Constituição, como já explicado anteriormente, e não em leis ordinárias.

De acordo com Paulo Gonet⁴³, houve a imprescindibilidade de que os direitos fundamentais fossem dotados de aplicação imediata em face ao que aconteceu na

⁴² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 16.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 153.

Alemanha, com o regime nazista, em que os direitos fundamentais necessitavam de normatização legal para serem efetivados pela população. A falta dessa proteção fortaleceu a instauração do regime totalitário naquele país, corroendo a Constituição Democrática de Weimer, de 1933.

Contudo, o direito fundamental de acesso à justiça possui uma densidade normativa constitucional baixa⁴⁴ e necessita de normas infraconstitucionais, chamadas de normas de conformação, para a sua regulamentação e utilização pela sociedade, bem como pelo juiz.

Diante dessa circunstância implícita restritiva em relação à aplicabilidade de alguns direitos fundamentais, Paulo Gonet⁴⁵ afirma que a norma disposta no § 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é uma norma-princípio, uma “ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais”.

O acesso à justiça é, portanto, um direito fundamental por ter previsão constitucional; ser universal para aqueles que possuem os requisitos constitucionais e/ou legais para obtê-lo; se mostrar inalienável e indisponível, pois o individual pode nunca o exercer, mas não pode renunciá-lo. Por fim, traz a característica da historicidade.

2.2 Gerações dos direitos fundamentais

É comum a distinção dos direitos fundamentais em gerações, o que traz, inclusive, uma melhor visualização acerca de seu desenvolvimento na história.

A doutrina fala de três clássicas gerações de direitos, que seriam os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, caracterizados, respectivamente, como sendo direitos de liberdade, igualdade (prestação) e solidariedade. Como será visto mais adiante, alguns doutrinadores já defendem a existência de outras gerações.

A primeira geração seria dos direitos civis e políticos, que tinham como pano de fundo o direito à liberdade, sobretudo em uma época em que reinavam os Estados Absolutos, a monarquia, quando a defesa da propriedade possuía uma grande relevância

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 155.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 155.

e limitava os direitos fundamentais que lhes fossem colidentes, dando pouca ou nenhuma importância a eles⁴⁶.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, representaram uma ruptura na percepção dos direitos fundamentais. Antes dessas Declarações, não se dava importância aos direitos dos homens. Somente após o processo de constitucionalização e positivação, os direitos dos homens passaram a ser discutidos e protegidos⁴⁷.

Esse recorte histórico evidencia o momento em que a escravidão passou a ser aceita na sociedade como algo natural, período em que homens não possuíam direitos pelo simples fato de serem humanos. Alguns seres humanos eram vistos como coisas, como mercadoria. No Brasil, houve um longo processo de discussão acerca da escravidão, situação que somente foi abolida com a lei imperial n.º 3.353, em 13 de maio em 1888, mais conhecida como lei Áurea, ou seja, há pouco mais de 130 anos.

O surgimento e o fortalecimento dos direitos humanos e direitos fundamentais servem para quebrar lógicas, como as da escravidão.

De acordo com Jorge Miranda⁴⁸, foi com o cristianismo que o homem e a mulher passaram a ser valorados como pessoas, tendo em vista o fato de serem humanos, pois foram criados à imagem e semelhança de Deus, e por possuírem uma liberdade irrenunciável, que não pode ser destruída por sujeições políticas e sociais. Contudo, a história mostra que não é bem assim. Em nome do Cristianismo, foram cometidos diversos atos de desumanidade.

Gomes Canotilho⁴⁹ afirma que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularização de direitos”.

De modo geral, os direitos de primeira geração possuem como núcleo a sustentação de que o Estado não poderia se envolver nos aspectos privados da vida do indivíduo, que deve ter uma ampla liberdade nas escolhas de sua vida privada, exigindo uma certa abstenção do Estado (direitos negativos). No Liberalismo, o Estado deve

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 137.

⁴⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

⁴⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 416.

respeitar a propriedade do indivíduo, bem como sua liberdade de consciência e de crença, o que corresponde a uma obrigação de não fazer. Esses foram os direitos individuais buscados nas revoluções burguesas⁵⁰.

Os direitos fundamentais começam a ter importância quando o indivíduo passa a ganhar relevância através de sua valorização enquanto indivíduo, deixando de ser visto apenas como súdito do Estado, o que caracteriza o início da era moderna⁵¹.

Nos Estados absolutistas, o indivíduo era sufocado pelo Estado, não possuindo liberdade para escolher sua religião e podendo vir a perder a sua vida se questionasse a religião imposta pela igreja e pelo rei, que se misturavam. Exemplo disso foi o que aconteceu na Santa Inquisição⁵².

O cidadão começou a ter direitos perante o Estado, o que era inadmissível com os Estados Absolutistas. Além disso, os deveres do indivíduo perante o Estado também passaram a visar ao aperfeiçoamento da cidadania⁵³. Aliás, houve uma transformação nos direitos do cidadão, permitindo-o a, doravante, acioná-los não só em face dos particulares, mas também do poder público⁵⁴.

Foi nessa época que surgiu a expressão “ainda existem juízes em Berlim”, retirada de um conto francês de François Andrieux, “O Moleiro de Sans Souci”. O texto descreve a história de um camponês que tinha um moinho que ficava em frente ao Castelo do Rei da Prússia, Frederico II. O rei achava que o moinho do moleiro atrapalhava a vista que ele tinha a partir do castelo e mandou destruir o moinho. O camponês não obedeceu a ordem do rei, pois era sua propriedade particular. O rei ameaçou-lhe tirar suas terras à força. Na ocasião, o camponês teria dito: “Se não existissem juízes em Berlim”. Daí o significado da famosa frase⁵⁵.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 39.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 04.

⁵² MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 41.

⁵³ O artigo primeiro da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, Estados Unidos, de 1776, prestigia até o direito à felicidade, *in verbis*: “que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”

⁵⁴ Jorge Miranda afirma que: “o Estado de Direito acrescenta algo mais, como já dissemos: 1º) a reserva de jurisdição dos tribunais, órgãos independentes e imparciais, com igualdade entre as partes, e que decidem segundo critérios jurídicos; 2º) a possibilidade de os cidadãos se dirigirem a tribunal para a declaração e a efetivação de seus direitos não só perante outros particulares mas também perante o Estado e quiser entidades públicas”. *In*: MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 392.

⁵⁵ ANDRIEUX, François. **Le meunier de Sans-Souci**. [1745]. Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em 28 jan. 2020.

Nessa época, não era toda a sociedade que tinha acesso à justiça, mas somente os ricos, brancos e homens, que, de maneira geral, buscavam seus direitos civis individuais. Já os pobres e negros tinham acesso ao direito penal⁵⁶, havendo ainda resquícios dessa realidade nos dias de hoje.

Esses direitos da primeira geração ganharam proteção com as Revoluções Americana e Francesa e fizeram parte da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789⁵⁷. Os direitos de primeira geração deram início à positivação dos direitos.

Os direitos fundamentais individuais estão concentrados basicamente no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Com o processo da Revolução Industrial, ocorreu o crescimento dos centros urbanos, devido ao êxodo rural, já que muitas pessoas migraram para as capitais em busca de uma vida melhor no trabalho em fábricas. O fato é que ocorreu uma grande concentração demográfica nos centros industrializados, bem como uma exploração desumana dos empregados nas indústrias, onde se exigia, às vezes, até 18 horas de trabalho por dia, além da permissão do trabalho de crianças, como se fossem adultos já formados. Os direitos de primeira geração, que exigiam uma abstenção do Estado, já não seriam suficientes nesse novo contexto. Nesse cenário, ações positivas do Estado passaram a ser necessárias para garantir outros direitos dessa população massacrada pelo trabalho desumano nas indústrias, já que não existiam normas que regulassem essa nova massa trabalhista.

Para tanto, desenvolveram-se os direitos da segunda geração, que objetivavam uma melhor qualidade de vida para a população. São os atuais direitos trabalhistas, de saúde, assistência, econômicos, de lazer, culturais, dentre outros.

O direito à igualdade se fortaleceu nessa fase, passando a ser caracterizado por uma reivindicação social. Começam as primeiras greves e os movimentos de sindicalização⁵⁸. No Brasil, o direito à igualdade pode ser referido também como direito

⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 154.

⁵⁷ Foi com a *Bill of Rights* da Virgínia, de 1776, que ocorreu a positivação dos direitos intrínsecos ao homem, que segundo Paulo Gonet, estavam “mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que a normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 136.

⁵⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46-48.

social e encontra-se descrito, principalmente, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Logo após a Revolução Industrial, aconteceram as grandes guerras mundiais, a Primeira e a Segunda, com um imenso massacre humano, a exemplo do ocorrido com a Revolução Russa, nazismo e holocausto.

A comunidade mundial ficou assustada com os crimes de lesa-humanidade ocorridos nesse período. Destarte, passou-se a pensar mais na proteção do ser humano, em sua dignidade e no seu futuro. Assim, surgiu a terceira geração dos direitos fundamentais. São os direitos difusos e coletivos, ligados à paz, à solidariedade, ao progresso, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio histórico-cultural, à comunicação, etc.⁵⁹. Esses direitos não visam ao indivíduo em si, mas a à dignidade da pessoa humana, que ganhou destaque após o terror ocasionado com as grandes guerras.

O artigo 225 da Constituição Federal, que prevê o direito ao meio ambiente, é um exemplo dessa geração de direitos.

Mais recentemente, começou-se a falar nos direitos de outras gerações, que surgiram com a globalização política, as novas tecnologias, os problemas relacionados à criminalidade em massa, às mudanças ambientais e até ao perigo de desaparecimento da própria raça humana. Contudo, não há unanimidade em relação a essas novas gerações de direitos⁶⁰. A título de exemplo, Paulo Bonavides traz os direitos de quarta geração, que são relacionados aos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e o de quinta geração, que seria o direito à paz mundial, como supremo direito da humanidade⁶¹.

Já para Antônio Carlos Wolkmer⁶², os direitos de quarta geração são os que envolvem o biodireito, bioética e engenharia genética, como a reprodução assistida,

⁵⁹ MARCELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 50.

⁶⁰ Gomes Canotilho, ao discorrer sobre a geração dos direitos fundamentais, traz uma dúvida acerca da classificação do direito à autodeterminação, da nova geração econômica internacional, da participação do patrimônio comum, da nova ordem econômica internacional, da participação do patrimônio comum, da nova ordem de informação, se seriam de terceira ou quarta geração. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 386.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524-525.

⁶² WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos Humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10-12.

eutanásia, aborto, cirurgia intrauterina, transplantes de órgãos, clonagem e outros temas relacionados a esses; e os de quinta geração dizem respeito ao direito virtual.

George Marmelstein lembra que há críticas sobre essas definições de gerações⁶³. O autor menciona que alguns estudiosos defendem o uso da nomenclatura dimensões por acharem mais adequada que gerações, já que com a mudança da história não desaparecem uns direitos para surgirem outros, ou seja, não há uma sucessão, mas uma acumulação de direitos⁶⁴. Além disso, não há hierarquia entre os direitos fundamentais, mas sim uma indivisibilidade e interdependência entre eles⁶⁵. A história demonstra que há uma interdependência entre diversos direitos.

O professor Gomes Canotilho⁶⁶ traz algumas dessas críticas doutrinárias acerca da classificação dos direitos fundamentais em gerações, pois compreende que a ideia de gerações oferece uma falsa compreensão sobre a perda da relevância das gerações e até da substituição dos direitos das gerações anteriores. Para o autor, os direitos seriam de todas as gerações. Por fim, defende que a solidariedade possui uma dimensão que não se pode medir, relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A conscientização acerca dos direitos do homem passa por um longo processo de construção.

O direito fundamental de acesso à justiça atravessa todas essas gerações. Em um primeiro momento, era um direito bem restrito a um certo grupo de pessoas, como já mencionado anteriormente. Com o desenvolvimento dos direitos sociais, através da eclosão da Revolução Industrial, houve a necessidade de defesa e ação em busca dos direitos dos trabalhadores explorados, requerendo ações positivas do Estado (direitos de prestação). Posteriormente, o acesso à justiça expandiu-se com o fortalecimento dos direitos difusos e coletivos, como é o caso dos direitos dos consumidores, que se mostram

⁶³ Gomes Canotilho, ao escrever sobre a história dos direitos fundamentais, lembra que o processo histórico não é linear. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 310.

⁶⁴ Paulo Gonet explica que: “Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em um instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito a liberdade pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 138.

⁶⁵ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 57-59.

⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.*, p. 386-387.

com uma defesa mais efetiva por meio de ações coletivas, já que todos os consumidores são atingidos com uma única ação.

Assim, vê-se que esse direito permeou a primeira, segunda e terceiras gerações dos direitos fundamentais, mostrando-se interdependente em todas as fases.

2.3 Acesso à justiça

O surgimento do Poder Judiciário nasceu a partir da necessidade de se ter alguém imparcial para resolver os conflitos da vida, através das regras de direito, evitando-se a autotutela. Assim, desenvolveu-se o Estado-Juiz.

A teoria da separação dos Poderes, bem como o sistema de pesos e contrapesos, foi pensada e adaptada pelo escritor francês Montesquieu, na obra *O Espírito das Leis*. O Estado-Juiz surgiu para resolver os conflitos da vida, que, segundo Cândido Dinamarco⁶⁷, é “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo”.

O primeiro passo para o acesso à justiça é o conhecimento⁶⁸. Só através dele o indivíduo saberá da existência de seus direitos e a melhor forma de exercê-los⁶⁹. Um indivíduo que não tem o discernimento acerca de seus direitos fica sujeito a todo tipo de injustiças.

O cidadão tem o direito de conhecer os seus direitos e isso não precisa estar previsto em lei⁷⁰.

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1. p. 117.

⁶⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já chamava a atenção em seu preâmbulo acerca da ignorância, esquecimento e desprezo dos direitos do homem. *In verbis*: “Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, **considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos**, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; **a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral**”. (destaques acrescentados). *In*: FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: Imprensa Oficial, 1789.

⁶⁹ Jorge Miranda menciona com sabedoria que “como se costuma dizer, a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento. Só quem tem consciência dos seus direitos consegue usufruir os bens a que eles correspondem e sabe avaliar as desvantagens e os prejuízos que sofre quando não os pode exercer ou efetivar ou quando eles são violados ou restringidos”. *In*: **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 389.

⁷⁰ *Ibdi.*, p. 390.

Na Constituição da República Portuguesa de 1976, o artigo 20 prevê o acesso ao direito e à tutela efetiva⁷¹.

O direito fundamental de acesso à justiça é previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁷².” Essa norma é passível de muitas discussões e interpretações, como será demonstrado mais adiante.

O conceito de acesso à justiça muda com a história, não sendo, portanto, imutável, além de sofrer divergências ao redor do mundo, ou seja, não é universal.

Mais uma vez, enfrenta-se o problema das múltiplas conceituações. O direito fundamental de acesso à justiça⁷³ também é denominado de acesso aos tribunais, acesso ao Poder Judiciário, acesso à jurisdição⁷⁴, acesso à tutela jurídica e ao direito (como previsto na Constituição da República de Portugal)⁷⁵, proteção judicial efetiva⁷⁶, garantia de acesso aos tribunais⁷⁷, etc.

Neste trabalho será utilizado o termo acesso à justiça por ser o mais aceito na doutrina e jurisprudência brasileira, sendo, portanto, essa terminologia bastante difundida no meio jurídico, além de se identificar com o já citado artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Como disposto nessa norma, significa acesso aos tribunais. É nesse sentido que será tratado aqui.

⁷¹ Conforme o mencionado artigo 20.º “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva. 1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”. In: PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005].

⁷² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 05 fev. 2020.

⁷³ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 171.

⁷⁴ Alberto Carneiro Marques frisa bem isso ao dizer que o acesso à justiça é muito confundido com o acesso ao judiciário e afirma que “é justo e necessário que a expressão acesso à justiça compreenda também o ideal de efetiva entrega da tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, tempestiva e eficiente.” In: MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 18.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 389.

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 414.

⁷⁷ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 491.

A justiça, vista como objeto mais amplo, pode ser obtida até por um simples diálogo, através de um consenso entre os envolvidos, sem a necessidade de ajuizamento da ação judicial⁷⁸. Logo, acesso aos tribunais, à jurisdição é uma coisa, e acesso à justiça, em sua amplitude, com a finalidade de se obter um direito, é outra⁷⁹.

O Poder Judiciário possui o monopólio da jurisdição, que é exercido por meio dos juízes. A ele é dirigido a norma do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira, no intuito de que as lesões e ameaças ao direito sejam apreciadas. Quando o Estado é chamado para dizer o direito, é o Judiciário o Poder competente para resolver o litígio e executar suas decisões, o que representa uma evolução social, pois antes a justiça era privada e os conflitos eram resolvidos pelas próprias mãos dos envolvidos.

Nas palavras de Chiovenda⁸⁰, “a jurisdição é definida como função do Estado de atuar a vontade concreta da lei, que, no exercício de um poder soberano, substitui a vontade dos particulares e declara a existência de direitos preexistentes”.

O presente trabalho foi desenvolvido para demonstrar a crise atual sofrida no Poder Judiciário brasileiro com a explosão de demandas judiciais, que é um fato público e notório, apontando os seus possíveis motivos e soluções. Deixa-se, claro, contudo, que os meios extrajudiciais de busca de “justiça” podem ser procurados e os problemas jurídicos resolvidos fora do citado Poder, considerado um meio alternativo na resolução dos conflitos.

O acesso à justiça dos tribunais é um direito fundamental do cidadão de bater às portas do Judiciário para reivindicar algum direito ou se defender. Por isso, o acesso à justiça apresenta uma dupla face⁸¹.

⁷⁸ De acordo com George Marmelstein, “o acesso à Justiça, na verdade, não significa apenas permitir a instauração de um processo judicial, possibilitando que o cidadão tenha *his day in Court*, na sugestiva denominação da Suprema Corte Americana. Vai muito além. Engloba medidas até mesmo pré-processuais, como a educação e a conscientização em direitos fundamentais (cidadania participativa), a criação de assessorias jurídicas abertas às demandas populares e a estruturação adequada do Judiciário e da própria máquina estatal como um todo. Por fim, exige-se a busca permanente de um modelo ideal de processo, que seria aquele processo justo, adequado, transparente, rápido, barato, simples, efetivo e democrático.” In: MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 307.

⁷⁹ Defenderam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que: “Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12.

⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 59.

⁸¹ NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Fundamentos do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 47.

Sua percepção não deve ser apenas em sua primeira etapa, o acesso à justiça que dá início ao processo, mas em todo o seu trâmite processual e finalização. As duas últimas etapas do acesso à justiça ficam demasiadamente prejudicadas com o alto número de processos que tramitam no Poder Judiciário. Há uma facilidade de acesso ao ajuizamento de ações (como será demonstrado mais adiante com a menção de algumas decisões judiciais que tratam do ativismo judicial, ausência de prévio requerimento administrativo e gratuidade na justiça), o que é uma das contribuições (pois não se esgota nelas) para a demora no trâmite processual e, conseqüentemente, para a finalização do processo, tendo em vista a quantidade de ações que são ajuizadas em decorrência daquela facilidade.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁸² asseveram que o acesso à justiça é “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Contudo, os autores reconhecem que “as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada” e que “o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.”

O desenvolvimento da busca pelo acesso à justiça se tornou uma necessidade para a humanidade, que antes aplicava a violência para resolver seus conflitos. Com o desenvolvimento da civilização, as sociedades passaram a procurar e aprimorar outras técnicas para solucionar a divergência de interesses, chegando a toda teoria acerca da jurisdição atual, quando terceiros, distantes das partes, portanto imparciais, são nomeados juízes através de um processo pré-definido⁸³. Estes devem seguir todos os trâmites legais, processar e julgar as demandas, ditar o direito e levar a justiça a um caso concreto⁸⁴.

Na década de 60, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já se preocupavam com o direito de acesso à justiça, mas definiram duas finalidades básicas do sistema jurídico.

⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12-13.

⁸³ A maioria, através de concurso público, é regido por leis e por meio de edital. Outros casos previstos na Constituição seguem procedimentos diferentes para a composição dos Tribunais, como nos casos do quinto constitucional ou, por exemplo, através de processo misto – político e jurídico, no que diz respeito aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

⁸⁴ Bruno de Macedo Dias traz uma importante lembrança acerca desse processo histórico: “a evolução das formas de resolução de conflito costuma se dar com o desenvolvimento ético, moral e civilizacional de uma sociedade. Quanto maior a barbárie, mais cruéis e inseguras são as formas de resolução de conflitos. Em uma sociedade desenvolvida, outrossim, passa-se a buscar meios mais seguros, justos e civilizados para resolver litígios.” In: DIAS, Bruno de Macedo. **A Constitucionalidade de Filtros ao Acesso à Justiça como Mecanismo para Assegurar o Funcionamento Sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 08.

Uma das finalidades desse sistema é o de que as pessoas possam reivindicar seus direitos sob a proteção do Estado e a outra é que os resultados esperados sejam justos⁸⁵.

Aqui temos um exemplo de um aspecto desse direito como característica de direito fundamental de segunda geração, já que pode vir a ser requerida a intervenção do Estado para solucionar um caso concreto sobre algum direito que deve ser exigido.

O termo justiça significa dar a cada um o que é seu, de direito.

O que é discutido neste trabalho é a ausência de limites no exercício desse direito fundamental, pois o que se percebe, na sociedade brasileira atual, é que tudo (e aqui um exagero na linguagem para destacar essa situação) passa pelas mãos do Poder Judiciário, que está sendo utilizado como uma suposta solução única para todas as dificuldades vividas pela sociedade. Esse erro, que tem gerado o uso inadequado desse Poder, vem fazendo com que o Poder Judiciário não atue da melhor forma possível, considerando o excesso de trabalho nele concentrado, o que faz com que seja lento e, não raramente, provoque o perecimento do direito.

Segundo o relatório Justiça em Números, do ano de 2019, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro, em seus diversos ramos e instâncias, terminou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação e com um ingresso, em média, para cada grupo de 100 mil habitantes, de 11.796 ações, todas ajuizadas no ano de 2018⁸⁶.

O Brasil possui um pouco mais de 210 milhões de habitantes, conforme informação em constante atualização no *site* do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁸⁷, ou seja, quase um terço do total de habitantes corresponde em números a quantidade de processos tramitando no país. Alguma coisa está errada.

São as causas desse problema de excesso de demanda judicial que vem travando o Poder Judiciário, ocasionando sua lentidão. É esse cenário que se procura demonstrar neste trabalho, trazendo para discussão algumas alternativas destinadas ao combate desses problemas. Não se trata somente de uma causa, mas várias, as quais atuam em conjunto ou isoladamente.

⁸⁵. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 03.

⁸⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019, p. 84.

⁸⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

É preciso dizer de forma mais aberta que a “justiça” (em sua forma mais ampla) não vem apenas das decisões judiciais, da busca das soluções através do Poder Judiciário. Para se adquirir a justiça, existem vários meandros que podem ou não ter uma facilidade maior do que a trazida atualmente pelo Poder Judiciário⁸⁸. A justiça pode ser obtida a partir de conversas amistosas entre particulares, pelas vias administrativas, notificações extrajudiciais, arbitragem, canais de comunicações com os clientes, ouvidoria, mediação, conciliação, sistema do *site* www.consumidor.gov, reclamações nos *sites* ou telefone, dentre muitos outros caminhos⁸⁹. No entanto, nenhuma dessas vias alternativas de obtenção de justiça diminuem a proteção judicial dos direitos fundamentais e nem a força dos Tribunais.

O que não se pode é ter sempre como primeira opção o ajuizamento de ações sem antes se tentar a via alternativa da resolução através de meios extrajudiciais, seja com resposta negativa ou omissão da resposta, o que demonstraria o interesse de agir através da pretensão resistida. Isso ocorre quando não for obrigatório ao Estado decidir sobre determinado assunto que guarde monopólio judicial, como no caso do oferecimento de denúncia em face de quem cometeu um crime.

Como já mencionado, o Estado não possui o monopólio da justiça (em seu sentido amplo). Em um caso concreto, ela pode ser obtida por outros meios, mas sem ser confundida com o monopólio da jurisdição.

Se não existissem outras formas de se obter a justiça, o funcionamento do Poder Judiciário estaria completamente inviabilizado (já que deve haver um amadurecimento da sociedade na resolução de conflitos de forma consensual) e não haveria razão para a sua existência, já que não se poderia esperar resultados positivos dele. Conforme as

⁸⁸ Registre-se que a Constituição Portuguesa de 1976 estabelece no número 4, do artigo 202, que “a lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos”. *In*: PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005].

⁸⁹ Conforme Maria Sadek: “Saliente-se, uma vez mais, que acesso à justiça e sua democratização não significam apenas o alargamento, os caminhos e a saída pelas portas do Poder Judiciário. A inclusão de parcelas da população até então excluídas representa, principalmente, propiciar condições para o conhecimento e a apropriação de direitos. Nesse sentido, acesso à justiça equivale a inserção, a participação, a trilhar um caminho para a redução das desigualdades econômica, social e cultural. o Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. não é a única porta de acesso à justiça, outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas instituições, deve-se citar o Ministério Público, a Defensoria Pública, além das organizações erigidas a partir de princípios orientados pela pacificação, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. os chamados meios alternativos de solução de litígios propiciam uma justiça mais.” *In*: SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66. março/abril/maio 2014, p. 65.

palavras de Fredie Didier Júnior, não basta o simples direito à ação, a prestação jurisdicional deve ser rápida, efetiva e adequada⁹⁰.

A sociedade se transforma muito através do tempo. A sociedade brasileira de décadas atrás não é a mesma dos anos 2020. Se antes uma das maiores dificuldades do acesso aos tribunais era a falta de conhecimento e uma grande massa da população que não possuía condições financeiras de reivindicar seus direitos nos tribunais, hoje, apesar de ainda existir esse problema, houve uma melhora significativa por meio de alguns procedimentos:

a) nomeação dos advogados dativos e, mais recentemente, com a Constituição de 1988, a atuação da Defensoria Pública da União, Estados e Distrito Federal, conforme o artigo 134 da Constituição Federal de 1988;

b) previsão constitucional da criação, funcionamento e processo dos Juizados de Pequenas Causas da União, Estaduais e da Fazenda Pública (artigo 24, inciso X, da Constituição Federal de 1988), onde não há obrigatoriedade de participação de advogados em algumas situações (causas menores que 20 salários mínimos), conforme regulamentado pelas leis federais n.º 9.009/1995, 10.259/2001 e 12.153/2009. O país teve um intenso trabalho desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que resultou na criação e instalação desses Juizados pelo país;

c) a gratuidade da justiça, prevista no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que veio para garantir o acesso ao judiciário das pessoas sem condições financeiras. Porém, a assistência gratuita passou a ser concedida sem critérios rígidos, tornando-se um grande problema, hodiernamente, para o Poder Judiciário brasileiro, multiplicando de forma geométrica a quantidade de ações ajuizadas diuturnamente. Ao garantir a gratuidade da justiça, não há uma preocupação econômica em se ajuizar uma aventura jurídica.

A explosão dessas demandas judiciais demonstra que são raros os casos em que se procuram soluções extrajudiciais para os problemas. Geralmente, não existe a tentativa de diálogo extrajudicial com os particulares ou órgãos públicos para que os problemas sejam expostos e haja uma solução extrajudicial.

⁹⁰ Nas palavras do professor: “o conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do poder judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 172.

Ajuízam-se todos os supostos fatos adversos, formando-se litígios, muitas vezes desnecessários, já que muitos não possuem a comprovação do prévio requerimento administrativo e, destarte, do interesse processual⁹¹.

A busca insaciável pela condenação por danos morais, além da fixação e execução de astreintes, são outros motivadores para o ajuizamento de ações judiciais, as quais devem ser melhor trabalhadas nos processos judiciais sob pena de gerar enriquecimento ilícito e causar injustiças.

A interpretação ilimitada sobre o acesso à justiça tem gerado uma alta demanda de processos e acervo processual no Judiciário brasileiro. A consequência desse acervo, de cerca de 80 milhões de processos no Poder Judiciário brasileiro até o final de 2018⁹², é a perda da qualidade das decisões judiciais, pois o que está sendo cobrado dos juízes e servidores é que se transformem em máquinas de produção com uma meta de produtividade desumana, cada dia maior.

Tudo isso advém de uma cultura da sentença⁹³, entranhada na sociedade brasileira, que tem causado prejuízos àqueles que, de fato, necessitam da interveniência do Judiciário em entaves da vida⁹⁴.

As causas que necessariamente reclamam por decisões judiciais aguardam meses, até anos, para serem julgadas e chegarem ao seu fim, muitas vezes perecendo o direito,

⁹¹ Sobre a interpretação sem limites da norma inserta no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, comenta Rodolfo de Camargo Mancuso: “A leitura exacerbada (irrealista e ufanista) do acesso à justiça arrisca desnaturar o direito (muito condicionado) de ação, numa sorte de dever de ação, em boa medida por conta de se ter gradualmente incutido no entendimento médio da coletividade a ideia de que todo e qualquer interesse ameaçado, contrariado ou insatisfeito deve, de imediato, ser repassado à alçada de um órgão judicial. O jurisdicionado, assim estimulado ao demandismo, não se dá conta de que com isso está em algum modo terceirizando a resolução da pendência, não raro antes que ela tenha alcançado o desejável grau de maturação, estágio a que, de outro modo, e chegaria naturalmente, se os interessados buscassem num primeiro momento a solução por algum dos meios auto ou heterocompositivos fora da estrutura estatal”. *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2018, p. 84.

⁹³ A população tem em seu imaginário que o melhor seja sempre ajuizar uma ação para se obter uma sentença.

⁹⁴ São diversos os aspectos dessa cultura, conforme explica Kazuo Watanabe: “(i) a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na praxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz [...]; (ii) a falsa percepção (dos juízes) de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz [...]; (iii) a percepção, pelos juízes, de que ‘o seu merecimento será aferido pelos seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias [...]’”. *In*: WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Malheiros, 2009, T. I. p. 125-126.

desaparecendo os bens ou falecendo a parte. A “justiça” tardia é falha e merecedora de críticas. Por isso, o que se espera é que, quando houver a necessidade de se buscar o Poder Judiciário, ele aja rápido, dentro do razoável, seja imparcial, adote o devido processo legal, com o amplo direito à defesa e finalize com uma decisão judicial eficaz, que se não for cumprida voluntariamente, possa ser executada de forma célere. A aplicação da correta interpretação da norma constitucional sobre o assunto, bem como das normas conformadoras, além do princípio da proporcionalidade de forma ampla, em algumas situações, é uma das maneiras de se obter esse resultado.

Seguir as regras do jogo na busca de um direito é garantir que as partes e a própria sociedade tenham segurança jurídica nas decisões judiciais advindas do Estado. Para tanto, a esperança depositada nos juízes deve vir de forma imparcial e célere.

A norma do artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988, que diz que a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, revela que, a esse Poder, foi creditada a última instância pela norma constitucional para se garantir a efetivação dos direitos fundamentais, conforme palavras de George Marmelstein⁹⁵. Esse mesmo autor sustenta que a defesa dos direitos fundamentais só pode ser feita se não houver represália contra quem caiba decidir ou se não houver medo em decidir. Para isso, a própria Constituição Federal traz garantias aos juízes para decidirem com liberdade de consciência, de acordo com a lei e demais fontes do direito.

Não pode o juiz sofrer redução de seu salário, ser removido compulsoriamente e ainda perder o cargo com facilidade, de acordo com a redação do artigo 95, incisos I, II e II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, respectivamente. Sem essas garantias e sem o próprio posicionamento do Judiciário enquanto Poder, os juízes não se sentiriam seguros em proferir suas decisões judiciais, com a possibilidade de sofrerem qualquer represália, o que poderia influenciar em suas decisões e na tão buscada imparcialidade. E mais, um cidadão com medo e sem confiança nos magistrados deixa de exercer seus direitos, o que enfraquece o sistema democrático de um país.

Aliás, importante deixar claro que, se não houver um Poder Judiciário forte e com suas garantias respeitadas, não haverá também respeito aos direitos fundamentais e nem democracia.

⁹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 171.

Segundo George Marmelstein⁹⁶, “sem Poder Judiciário não há direitos fundamentais”. Para complementar esse pensamento do referido autor, se não for possível obter a efetivação dos direitos fundamentais de outras formas, o Poder Judiciário será sempre uma alternativa, desde que preenchidos os requisitos para o ajuizamento de uma ação (obediências às normas legais conformadoras).

Observa-se a importância dessas garantias da magistratura quando o magistrado sofre uma forte crítica e pressão pela mudança de entendimento sobre “o mesmo de sempre”. São essas garantias que também permitem à magistratura modificar compreensões sobre os requisitos para o deferimento do pedido de justiça gratuita e rever posicionamentos acerca do ativismo judicial e da demonstração do interesse processual através de prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão, em prazo não razoável para resposta. Essa revisão baseia-se na aplicação das normas legais conformadoras e restritivas, bem como nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que compõem o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Sobre a importância na proteção dos direitos fundamentais, Jorge Miranda assevera a necessidade de o Estado de Direito dar-lhes proteção jurisdicional. Diz ele que “só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais ou culturais.”⁹⁷ Acrescenta-se a essa afirmação que os direitos fundamentais são reconhecidos e protegidos extrajudicialmente, mas, caso isso não ocorra, eles podem ser acessados via judicial. É essa proteção judicial que não pode ser negada, desde que atendidos todos os pressupostos materiais e processuais.

Aliás, como bem lembrando pelo mencionado professor, “necessário é que, quando afetado um direito, a última palavra caiba aos tribunais⁹⁸”, caso não se consiga obter a solução do caso através das alternativas à judicialização. Não é permitida lei que proíba que determinado direito fundamental seja apreciado pela Justiça ou que existam barreiras processuais e jurisprudenciais inacessíveis à busca de algum desses direitos junto aos tribunais.

No período da última Ditadura Militar sofrida pelo Brasil, excluiu-se da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados pelo regime militar, conforme o artigo

⁹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 305.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 392.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 400.

11 do Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro, de 1968, que dizia “excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”

Esse é um exemplo claro de que se deve ter muito cuidado, pois favorece o enfraquecimento do Poder Judiciário e a previsão normativa da proibição de questionamentos dos direitos fundamentais junto ao mencionado Poder. Por esse motivo, justifica-se a existência de regras internacionais e constitucionais que tratem da garantia da justiciabilidade dos direitos fundamentais, tal qual as regras insertas no artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988.

A regra disposta no inciso XXXV do art. 5º da Constituição federal 1988, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, possui uma interpretação extensiva, pois não só as leis são proibidas dessas exclusões, mas também quaisquer outras normas, como medidas provisórias, resoluções, portarias, etc.

João Batista Lopes⁹⁹ assevera que a regra prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 é dirigida ao Poder Legislativo¹⁰⁰, já que não pode criar leis que o excluam de apreciar determinados direitos, como o que aconteceu durante a Ditadura Militar brasileira (que perdurou de 1964 a 1985), que excluiu da competência do Poder Judiciário diversos casos de crimes de lesa-humanidade. Exemplo desse entendimento é a polêmica envolvendo os crimes de lesa-humanidade praticados no Brasil, durante a Ditadura Militar, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que esses crimes já prescreveram¹⁰¹, contrariando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH.

A CIDH entende que esses crimes são imprescritíveis e que nunca deveriam ter sido anistiados por se tratarem de crimes de lesa-humanidade¹⁰², por isso, o Brasil deve processar e julgá-los. A Corte reconhece que os países que adotaram Leis de Anistia para

⁹⁹ LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54.

¹⁰⁰ O mesmo é dito por Emetério Silva de Oliveira. In: NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Fundamentos do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 47.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APF n.º 153, julgada em 29 de abril de 2010**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+153%2ENUMER%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+153%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/b7jvvd>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁰² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil**. Washington, DC: CIDH, 26 mar. 2009.

esquecerem os crimes de lesa-humanidade praticados durante as Ditaduras Militares, em particular pela conduta criminosa de agentes relacionados ao governo ditatorial, ofenderam diretamente os direitos fundamentais à vida, integridade pessoal e liberdade de seus cidadãos. Com fundamento no controle de convencionalidade, o Supremo Tribunal Federal deveria seguir a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois o Brasil faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por outro lado, se a norma de acesso à justiça também é dirigida ao legislativo, não poderia o Congresso Nacional Brasileiro, através da lei n.º 6.683/1979, conhecida como Lei de Anistia brasileira, excluir crime de lesa-humanidade, como os de tortura e desaparecimentos forçados, que são imprescritíveis e passíveis de investigação, processo e julgamento. A Constituição Federal de 1988 foi promulgada após o fim da Ditadura Militar, privilegiando os direitos fundamentais e afastando algumas injustiças cometidas naquele regime.

A regra disposta no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, também é dirigida ao Poder Judiciário, que não pode fazer com que os requisitos para o acesso à justiça beirem o impossível, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal da Rp. 1.077/RJ¹⁰³, que entendeu que as taxas judiciárias cobradas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro não representavam um custo real e razoável dos serviços, dificultando o direito fundamental de acesso à justiça. As custas judiciais não podem ser

¹⁰³ **“TAXA JUDICIÁRIA. TAXA JUDICIÁRIA E TRIBUTO DA ESPÉCIE TAXA. ESSA NATUREZA JURÍDICA NÃO FOI ALTERADA COM A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 7/77. SE A TAXA JUDICIÁRIA, POR EXCESSIVA, CRIAR OBSTACULO CAPAZ DE IMPOSSIBILITAR A MUITOS A OBTENÇÃO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, E ELA INCONSTITUCIONAL, POR OFENSA AO DISPOSTO NA PARTE INICIAL DO PAR-4. DO ARTIGO 153 DA CONSTITUIÇÃO. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE EM PARTE, PARA DECLARAR-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DAS EXPRESSÕES "DOS PROCURADORES DO ESTADO NOS CASOS PREVISTOS NESTE CAPITULO, BEM COMO SOBRE TODOS OS ATOS EXTRA-JUDICIAIS PRATICADOS POR TABELIAES, OFICIAIS DE REGISTROS PUBLICOS, DE DISTRIBUIÇÃO E DE PROTESTOS DE TITULOS, DAS SERVENTIAS OFICIALIZADAS OU NÃO" E "OU PELOS SERVENTUARIOS, CONFORME PREVISTO NESTE ARTIGO" DO CAPUT DO ARTIGO 112; DOS PARÁGRAFOS 1., 2. E 3. DESSE MESMO ARTIGO 112; DO INCISO VIII DO ARTIGO 114; DO ARTIGO 118 E DE SEUS PARÁGRAFOS; DO ARTIGO 123; DO ARTIGO 124; DO ARTIGO 125 E DE SEUS PARÁGRAFOS; DO ARTIGO 129; DOS INCISOS I E III, E DAS EXPRESSÕES "OU CONFESSADA EM PEDIDO JA EXISTENTE" DO INCISO II, TODOS DO ARTIGO 130; DO ARTIGO 133; DO ARTIGO 134, CAPUT E INCISOS; TODOS ELES NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 383, DE 4 DE DEZEMBRO DE 1980, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, A QUAL ALTEROU A QUE VINHA DO DECRETO- LEI 403, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1978 E DA LEI 289, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1979, QUE JA HAVIAM MODIFICADO O DECRETO-LEI 5, DE 15 DE MARÇO DE 1975, DO MESMO ESTADO; E INCONSTITUCIONAL, POR FIM, O ARTIGO 3. DA PROPRIA LEI 383, DE 4 DE DEZEMBRO DE 1980, ACIMA REFERIDA”.** (STF - Rp: 1077 RJ, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 28/03/1984, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 28-09-1984 PP-15955 EMENT VOL-01351-01 PP-00018 RTJ VOL-00112-01 PP-00034)

estabelecidas com tais valores que cheguem ao ponto de se tornarem inacessíveis à maior parte da população, tonando-se um verdadeiro confisco.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal possui a súmula n.º 667, que menciona que “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Interessante registrar que a Constituição Portuguesa prevê, no número 2 de seu artigo 202, que “na administração da justiça incumbe aos tribunais assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”.

Vê-se, assim, que a norma disposta no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é dirigida diretamente a dois destinatários: aos Poderes Legislativo e Judiciário¹⁰⁴. Ao primeiro para não excluir, através de leis, a apreciação do Poder Judiciário de lesões e ameaças a direito¹⁰⁵; e, ao segundo, para não aplicar interpretações que não guardem proporcionalidade a ponto de infringir o princípio da proibição do excesso, obstaculizando de forma desproporcional o acesso à prestação jurisdicional.

Para reforçar, Pedro Lenza¹⁰⁶ ratifica que o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, tem como principal destinatário o legislador, porém todos devem obediência a essa norma.

¹⁰⁴ Nas palavras de Eugência Kruschewsky: “Com este panorama, o princípio da intangibilidade do acesso ao Judiciário encarna duas ideias básicas. Em primeiro, resta impossível ao **Estado-legislador** estreitar a via de alcance da solução judiciária, por conduto da promulgação de leis que amesquinhem o alcance de uma solução judiciária; em segundo, como contraface natural dessa ideia, uma vez acessado o Poder, não pode o **Estado-Juiz** furtar-se a prestar a jurisdição, solucionando os conflitos que se lhe apresentam (destaques acrescentados)”. In: KRUSCHEWSKY, Eugênio. Direito de acesso ao judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134-135.

¹⁰⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso defende que: “A leitura serena, desapaixona e aderente à realidade contemporânea do que se contém no inc. XXXV do art. 5º da CF – geralmente consagrado como o topos do acesso à Justiça, a par de muitas outras acepções – revela que o endereçamento precípua desse dispositivo não é para o jurisdicionado, e sim ao legislador, avisando-o para se abster de positivar a exclusão, a priori, da judicialização de históricos de lesão temida ou sofrida. Observe-se que tal diretriz não significa: (i) que toda e qualquer contrariedade ou insatisfação deva de pronto ser judicializada; (ii) que o interesse de agir não possa vir legalmente condicionado ao prévio atendimento de certas exigências, dentre as quais a prévia submissão da pendência a outros órgãos, instâncias ou agências competentes na matéria [...]”. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

¹⁰⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.003.

Registre-se que o direito de acesso ao Poder Judiciário está desvinculado da procedência do pedido da ação ou da defesa¹⁰⁷. O direito à prestação jurisdicional garante que o cidadão acesse a máquina do Estado-Juiz e este dirá o direito¹⁰⁸.

Devem existir regras procedimentais a serem seguidas para a obtenção de uma decisão judicial¹⁰⁹, pois elas organizam, de antemão, como será o processo e o julgamento dos direitos, sem o qual a desorganização reinaria e impediria que os direitos fossem efetivados. É preciso diferenciar esses aspectos do direito fundamental de acesso à justiça.

A lei não pode proibir que o Poder Judiciário decida sobre os direitos fundamentais, mas pode criar normas processuais, que são normas que organizam o acionamento do direito através do Poder Judiciário.

O excesso de demora no andamento dos procedimentos judiciais traz consequências que geram a perda de um direito. Pode ocorrer, por exemplo, que não haja mais a possibilidade de execução de decisões judiciais pela mudança de uma situação jurídica, econômica ou factual, como o falecimento das partes, decretação de falência, dentre outras situações.

O não cumprimento da garantia constitucional da duração razoável do processo, que foi inserida na Constituição Federal através da Emenda Constitucional n.º 45 de 2005, afeta o núcleo essencial de qualquer direito fundamental, pois atinge a dignidade da pessoa humana, que pode perder a saúde e/ou falecer sem ver o seu direito sendo apreciado.

Atrás da resolução dessa problemática, relacionada ao uso indiscriminado do acesso à justiça, foi feita a escolha do tema, com o apontamento de algumas soluções destinadas ao melhor funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Para isso, deve haver a reavaliação da jurisprudência ainda presente nos tribunais brasileiros sobre o amplo

¹⁰⁷ “Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 135.850 AgR**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado: 23/4/1991, 2ª Turma. Publicado em: 24/5/1991. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274619>. Acesso em: 16 fev.2020.

¹⁰⁸ “A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes”. BRASIL. Supremo Tribunal federal. **RE 113.958**. Relator, Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 15/10/1996, 1ª Turma. Publicado em: 07/02/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=204398>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹⁰⁹ Esclarece Freddie Didier: “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato”. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do poder judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 166.

acesso à justiça, com provas (não complexas) de que o peticionante não possui condições econômicas para arcar com as despesas processuais, justamente com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹⁰, bem como no parágrafo 2º do artigo 99 do Código de Processo Civil, que estabelece a presunção de veracidade na alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

¹¹⁰ Como exemplo, foram elencadas algumas dessas decisões que demonstram que a jurisprudência brasileira ainda continua vacilante acerca do assunto, apesar de o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça passarem a adotar o entendimento de que a declaração de pobreza possui uma presunção relativa de veracidade, que deve estar sustentada por outras provas que demonstrem a impossibilidade da parte em arcar com as despesas processuais, sem o prejuízo próprio ou de sua família. Uma primeira decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais diz que a declaração de pobreza possui uma presunção de veracidade e que não há provas no processo do contrário, *in verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - **DECLARAÇÃO DE POBREZA - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE** - APLICAÇÃO DO ART. 99, § 2º DO CPC/2015 - DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA - ART. 5º, LXXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. 1- **A declaração de hipossuficiência constitui início de prova de que a parte não tem condições de arcar com as custas e despesas processuais, gozando de presunção relativa de veracidade. 2- Inexistindo, nos autos, elementos que ilidam a presunção de veracidade da declaração de pobreza, o benefício deve ser concedido. Exegese do art. 99, § 2º do CPC/2015.** 3- Recurso provido”. (TJ-MG - AI: 10000190960187001 MG, Relator: Sandra Fonseca, Data de Julgamento: 08/10/2019, Data de Publicação: 16/10/2019). E outra do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará que diz que basta a declaração de pobreza para dar direito à parte à justiça gratuita se não houver outras provas nos autos que demonstrem o contrário: “APELAÇÃO CÍVEL. INDEFERIMENTO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA. **DECLARAÇÃO DE POBREZA. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A lei processual civil vincula a concessão dos benefícios da gratuidade judiciária à simples alegação da pobreza, na própria petição inicial ou na contestação, o que no presente caso foi plenamente realizado. 2. Observe-se que o recorrente teve seu pedido apreciado e negado pelo juízo de primeira instância, sob o argumento de ausência de prova da situação de hipossuficiência. 3. Aplica-se à pessoa natural a presunção de veracidade da alegação de insuficiência financeira, cabendo ao julgador, portanto, indeferir o pedido de gratuidade judicial somente quando encontrar nos autos elementos que contrariem os argumentos do postulante, diante de fundadas razões, o que não ocorreu na ação em comento, já que não foi demonstrada nenhuma manifestação de riqueza incompatível com o pleito de gratuidade judicial.** 4. Assim, não tendo o Juízo a quo apontado de maneira fundamentada as razões para o indeferimento do pedido de concessão da gratuidade judiciária, é de se reformar tal decisão, para garantir ao apelante o acesso à Justiça. 5. Recurso conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 19 de novembro de 2019 FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR DURVAL AIRES FILHO Relator PROCURADOR DE JUSTIÇA”. (TJ-CE - APL: 01600450620188060001 CE 0160045-06.2018.8.06.0001, Relator: DURVAL AIRES FILHO, Data de Julgamento: 19/11/2019, 4ª Câmara Direito Privado, Data de Publicação: 19/11/2019). Ambas as decisões apontam ao entendimento de que à parte basta juntar aos autos a declaração de pobreza assinada por ela e se a outra parte não demonstrar no processo qualquer prova de que a outra parte tenha condições financeiras de arcar com as despesas processuais, a gratuidade estará garantida com base no direito ao acesso à justiça.

Pelo que se observa nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, a declaração de pobreza é relativa, pois deve estar reforçada por provas que indiquem a impossibilidade de pagamento das custas judiciais¹¹¹.

Deve haver uma uniformização em relação aos entendimentos dos tribunais acerca da gratuidade da justiça. Os tribunais devem levar em consideração a seriedade da análise da gratuidade da justiça, com clareza e objetividade; a necessidade de a declaração de pobreza da parte interessada estar acompanhada de outras provas que induzam afirmações de impossibilidade de pagamento das despesas processuais, sem prejuízo próprio e/ou de sua família; além de chegar a um consenso de quais os parâmetros devem ser utilizados para se determinar quem tem direito à gratuidade da justiça. Tudo isso pode oferecer uma outra interpretação em torno do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Se não houver essa reflexão em torno do tema da gratuidade da justiça, o Poder Judiciário tende a ficar em estado de congestionamento, como já acontece, pois, apesar de ser altamente produtivo¹¹² como um todo, seu acervo processual não diminui e as ações judiciais não possuem um andamento processual célere, o que faz com que o trabalho desse Poder seja, em grande parte, desprestigiado pela sociedade¹¹³.

¹¹¹ Transcrevemos aqui algumas decisões do sobre a relatividade da declaração de pobreza. Segundo o Superior Tribunal de Justiça: **“PROCESSUAL CIVIL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. A declaração de pobreza, com o intuito de obter os benefícios da assistência judiciária gratuita, goza de presunção relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. 2. É certo que a simples fixação de um patamar de renda acima da qual se entenderia imprópria a concessão do benefício da gratuidade da Justiça importaria em indevida inversão da presunção legal prevista no art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/1950.3. Dessa forma, o magistrado, ao analisar o pedido de gratuidade, nos termos do art. 5º da Lei 1.060/1950, perquirirá sobre as reais condições econômico-financeiras do requerente, podendo solicitar que este comprove nos autos que não pode arcar com as despesas processuais e com os honorários de sucumbência. Precedentes do STJ.4. Recurso Especial provido para cassar o acórdão de origem, a fim de que se aprecie o pedido de gratuidade de Justiça, consoante fundamentação exposta”**. (STJ - REsp: 1251505 RS 2011/0096578-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 14/06/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011) e **“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SINDICATO. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA**. - Na linha da jurisprudência da Corte Especial, as pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, para obter os benefícios da justiça gratuita, devem comprovar o estado de miserabilidade, não bastando simples declaração de pobreza. Embargos de divergência providos”. (STJ - EREsp: 1185828 RS 2011/0025779-8, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 09/06/2011, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/07/2011).

¹¹² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Dias Toffoli destaca produtividade do Judiciário no Congresso Nacional**, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministro-dias-toffoli-destaca-productividade-do-judiciario-no-congresso-nacional/>. Acesso em: 06 fev. 2020.

¹¹³ Segundo a pesquisa Datafolha de 2019, o percentual de entrevistados que confiam muito no Poder Judiciário, considerando juízes e desembargadores, é de 25 %, que confiam um pouco 49% e de 24% que não confiam. In: DATAFOLHA, INSTITUTO DE PESQUISA. **Brasileiros veem Forças Armadas como instituição mais confiável**, 15 abr. 2019. Disponível em:

Dessa forma, estudar-se-á no decorrer deste trabalho as normas de conformação e restritivas¹¹⁴ dos direitos fundamentais aplicadas ao acesso à justiça, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma ampla em algumas situações.

2.4 O Direito fundamental de acesso à justiça como direito à prestação

Uma das classificações dos direitos fundamentais mais citadas pelos estudiosos desses direitos advém do aprimoramento do pensamento jurídico desenvolvido por Georg Jellinek, filósofo e juiz alemão, no final do século XIX, que criou a tese dos quatro *status*¹¹⁵ pelos quais o cidadão pode permanecer perante o Estado¹¹⁶.

Os diferentes *status* do indivíduo perante o Estado podem possuir a natureza de direitos e deveres. Se estiver em posição de subordinação aos Poderes Públicos e for titular de deveres perante o Estado, este pode submetê-lo a mandamentos e proibições. Isso caracterizaria o *status* subjetivo ou passivo do cidadão. Por outro lado, em face da personalidade do indivíduo e levando-se em conta a liberdade diante da ingerência do Estado, Jellinek atribuiu outro *status* do homem perante o Estado, o negativo ou *libertatis*.

Existem mais dois *status* sugeridos por Jellinek, o positivo ou *civitatis*, quando o indivíduo pode exigir do Estado uma prestação, e o ativo ou da cidadania ativa, que acontece nos direitos políticos. Nesse caso, o indivíduo possui o poder de influência sobre o Estado.

Essa teoria de Jellinek sofreu modificações, aperfeiçoamentos, além de várias críticas¹¹⁷. Robert Alexy¹¹⁸ explica que “essas teses sobre o conteúdo do status negativo

<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987746-brasileiros-veem-forcas-armadas-como-instituicao-mais-confiavel.shtml>. Acesso em: 06 fev.2020.

¹¹⁴ Segundo Ingo Wolfgang Scarlet: “A ideia de que existam limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem, embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado deste limites, por outro, da determinação do significado destes limites, por outro, da distinção entre limitação e outras atividades normativas.” In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹¹⁵ Alguns doutrinadores portugueses chamam essa classificação de Georg Jellinek de tese dos três *status*, como José Carlos Vieira de Andrade. In: **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 168) e Jorge Miranda (In: **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 113).

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157.

¹¹⁷ Vieira de Andrade aduz que “esta classificação começa por não ser muito rigorosa, por misturar dois critérios – o do tipo de dever estadual e o do fim, quanto aos direitos de participação política.” In: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.* p. 169.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 270.

contradizem o direito constitucional atualmente vigente, de acordo com o qual também o legislador está vinculado aos direitos fundamentais”.

Hoje, pode-se falar em direitos de defesa ou direitos de liberdade, direitos a prestações ou cívicos e, ainda, direitos à participação, que seria os de *status* ativo, descritos por Jellinek, como o direito ao voto¹¹⁹.

O acesso à justiça é um direito fundamental de prestação¹²⁰, pois o indivíduo busca a interferência do Estado para garantir a justiça em determinado caso. É um direito fundamental de prestação jurisdicional, exercido através do Estado, representado pelos juízes¹²¹, cuja finalidade é fazer com que estes digam o direito no caso concreto, que pode ser exercido por meio de ação ou de defesa¹²².

Vieira de Andrade¹²³ diz que os direitos às prestações impõem ao Estado o direito de agir com o objetivo de proteger os bens jurídicos assegurados pelos direitos fundamentais contra uma ação e, excepcionalmente, uma omissão. Seu escopo é efetivar o pleno exercício desses direitos, isso através de condições jurídicas materiais e/ou jurídicas para tanto.

Os direitos de prestação representam o contrário dos direitos de defesa, que já cobram do Estado uma abstenção, um não agir. Os direitos às prestações também podem ser divididos em prestações jurídicas e prestações materiais.

Os direitos à prestação jurídica são aqueles que necessitam que o Estado normatize determinados assuntos, como as normas jurídicas penais, que precisam estar bem claras para serem efetivadas (tais como as descritas no artigo 5º, XLI, XLII e XLIII da Constituição Federal de 1988), e as normas de organização (do Estado, por exemplo) e de procedimentos, como os que regem o acesso de ação junto ao Poder Judiciário.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157.

¹²⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 116.

¹²¹ Para Paulo Gonet, “Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.” In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 159.

¹²² “A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 172.084**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 29/11/1994, 2ª Turma. Publicado em: 03/03/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219427>. Acesso em: 15 fev. 2020.

¹²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 168.

De acordo com Paulo Gonet¹²⁴, “o direito de acesso à justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflitos pelo Estado.”

Já os direitos às prestações materiais objetivam ações concretas do Estado para garantir a diminuição das desigualdades sociais. Geralmente, dizem respeito aos direitos sociais, descritos no artigo 6º da Constituição Federal, tais como os direitos à saúde, educação, lazer, moradia, trabalho, segurança, transporte, infância e juventude, previdenciário, assistencial e à maternidade.

Para a efetivação desses direitos às prestações, deve-se observar o mínimo existencial, a proibição do retrocesso¹²⁵ e a limitação à reserva do possível (até o ponto de atingir o mínimo existencial), pois não há orçamento público para a efetivação de todos esses direitos sociais, tendo em vista que as verbas são finitas, devendo haver um estudo e planejamento para a implantação, bem como o exercício desses direitos através de políticas públicas. Essas escolhas relacionadas às políticas públicas competem aos representantes do povo, eleitos com essa finalidade, no caso, os membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Como as características dos direitos não são estanques, podendo haver a interferência de uma em outra, além da predominância de uma característica sobre a outra, ou não, achou-se por bem acrescentar que o direito de acesso à Justiça também pode ser visto a partir do aspecto de direito à prestação material do Estado, considerando o aparelhamento da máquina do Poder Judiciário. Tal aparelhamento pede, cada vez mais e mais investimentos com a nomeação de juízes e servidores do Judiciário, construção de prédios, compra de materiais, além de um alto investimento em tecnologia de ponta para as atividades, sendo esta última uma das saídas encontradas para desafogar as ações

¹²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 160.

¹²⁵ A proibição do retrocesso que diz que o Estado não pode reduzir a sua atuação já consolidada. Em relação a esse princípio implícito em nossa Constituição (em decorrência da noção de Estado Democrático de Direito, dos princípios da dignidade da pessoa humana, máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, segurança jurídica, bem como da proteção da confiança, conforme palavras do professor Ingo Salet. *In*: Notas sobre a Assim Designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 03, p. 116-149, jul./set. 2009), que ainda é bastante defendido no Brasil. Porém, esse princípio já é objeto de revisão por outros doutrinadores, como para o professor português Carlos Blanco, que assevera que esse princípio se tornou uma utopia após as crises financeiras recentes ocorridas nos Continentes Europeu e Americano. *In*: O Controle de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 209-211.

judiciais e garantir uma certa celeridade a elas¹²⁶. Com a pandemia da COVID-19, foi necessária uma rápida adaptação ao trabalho remoto, que se tornou uma alternativa positiva ao Poder Judiciário, com um aumento na produtividade nas atividades judiciais, além de garantir uma maior saúde mental das pessoas que trabalham nesse Poder, que podem laborar em qualquer lugar, no lugar em que mais elas se sentirem melhores.

Esses investimentos incluem o crescimento quantitativo na organização judiciária nacional, com a criação de cargos de juízes e servidores do Poder Judiciário (através de lei), e suas respectivas nomeações, além da criação (também através de modificação legislativa da lei de organização judiciária) e instalação de Unidades Jurisdicionais, como Comarcas, Varas, Turmas recursais, e diversos órgãos e Instituições que atuam conjuntamente com os Tribunais, como Ministério Público, Defensorias Públicas, etc.¹²⁷

Essas questões trazem a necessidade da observância da reserva do possível, pois, infelizmente, não há verba suficiente para o pleno funcionamento do Poder Judiciário. A instalação de Unidades Jurisdicionais em todos os lugares em que se faz salutar, com seus prédios em pleno funcionamento, materiais de expediente, juízes, servidores e demais auxiliares da justiça, essenciais para colocar em pleno funcionamento essas unidades, demanda custos altíssimos.

Ademais, há a escassez de ordem financeira, que atinge os recursos materiais e humanos necessários ao resultado de um trabalho mais eficiente no Poder Judiciário. Essa é uma realidade.

A construção de mais prédios para o funcionamento do Poder Judiciário, a criação de mais cargos e a nomeação de mais pessoas para ocuparem esses cargos são possibilidades de resolução, as quais requerem sempre mais e mais do mesmo. Com o aumento do número de juízes e servidores, aumentam-se as demandas que, até então,

¹²⁶ É justamente essa a compreensão do professor Gomes Canotilho, que defende que: “a garantia do acesso aos tribunais pressupõe também dimensões de natureza prestacional na medida em que o Estado deve criar órgãos judiciais e processos adequados (direitos fundamentais dependentes da organização e procedimento) e assegurar prestações (apoio judiciário, patrocínio judiciário, dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), tendentes a evitar a denegação da justiça por insuficiência de meios econômicos (CRP, artigo 20º). O acesso à Justiça é um acesso materialmente informado pelo princípio da igualdade de oportunidades.” In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 501.

¹²⁷ Adverte Rodolfo Camargo Mancuso que: “são múltiplas as causas do que hoje, se vai chamando a crise numérica de processos judiciais, preocupante quadro, a tal ponto complexo e disseminado, qual o seu efeito direto – o gigantismo da máquina judiciária – acaba por integrar a própria etiologia do problema, de tal modo que o vício de se ofertar mais do mesmo (mais fóruns, juízes, serventuários, informática, enfim, mais recursos humanos e materiais) além de não apresentar o resultado esperado – ou ao menos não satisfatoriamente em face dos custos incorridos – tem retroalimentado a demanda, fechando assim um perverso círculo vicioso.” In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 09.

estavam reprimidas. Desse modo, a situação continua sendo trabalhada da forma como está, com a requisição de mais e mais juízes e servidores.

Os problemas devem ser detectados e solucionados em sua base, de baixo para cima e não de cima para baixo. Já houve um *déficit* muito maior em relação às pessoas no Judiciário brasileiro. Isso melhorou, mas ainda faltam profissionais nos quadros do aludido Poder¹²⁸. Contudo, defende-se que o obstáculo maior não é o *déficit* de pessoas trabalhando nesse Poder, o que, inclusive, tem mudado e vai mudar ainda mais com o novo sistema processual judicial eletrônico (PJE), que permite maior agilidade no andamento dos processos.

Com esse novo sistema processual eletrônico, os servidores deixam de fazer outras atividades, como o envio de processos físicos para outros órgãos ou da Secretaria Judicial para o gabinete, ou vice-versa; numeração de folhas; abertura de correspondências; juntada de mandados dos oficiais de justiça nos processos; atendimento de advogados e partes, que pedem para consultar os processos físicos; movimentação dos processos nas prateleiras e armários, etc. Já se fala até na diminuição e/ou extinção de alguns cargos de servidores, ficando clara, também, a necessidade de nomeação de outros cargos, como de juízes, assessores e analistas. O trabalho das Secretarias Judiciais vem melhorando bastante, pois, com a utilização do processo judicial eletrônico, propicia-se a criação de modelos de atos processuais, minutas de decisões e assinaturas em lote¹²⁹.

Até em locais onde é procurado o direito fora do Poder Judiciário, como nos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), Tribunais de arbitragem, Programas de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCONs), *site* do Governo Federal, ligado à Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, www.consumidor.gov, dentre outros, tudo isso envolve gastos com investimentos¹³⁰.

¹²⁸ MONTENEGRO, Manoel Carlos; BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Produtividade do primeiro grau é maior, apesar de déficit de pessoal**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 08 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/produtividade-do-primeiro-grau-e-maior-apesar-de-deficit-de-pessoal/>. Acesso em: 04 fev. 2020.

¹²⁹ Sustenta Maria Sadek, que é uma estudiosa do Poder Judiciário: “Argumentos baseados na necessidade de gerenciamento se contrapõem a esse diagnóstico focado no número insuficiente de juízes e servidores. Ao invés de “mais do mesmo”, alega-se que a organização do trabalho, o estabelecimento de metas, a administração de varas e tribunais teriam maior probabilidade de provocar diferenças significativas no grau de produtividade de juízes, desembargadores, ministros e serventias judiciais e, conseqüentemente, no combate à morosidade, do que o aumento no número de magistrados e servidores. A proposta encontra suporte em pesquisas que demonstram os efeitos positivos do gerenciamento na morosidade do processo.” In: SADEK, Maria Teresa Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo n. 101, 2014, p. 62.

¹³⁰ Para George Marmelstein, “todo direito fundamental gera dever de respeito, proteção e promoção, ou seja, o estado tem o dever de respeitar (não violar o direito), proteger (não deixar que o direito seja

Luís Guilherme Marinoni afirma que o direito de ação não depende apenas da remoção dos obstáculos materiais, mas também da previsão de normas processuais que possam garantir os direitos materiais, pois não basta apenas a previsão destes sem que possam ser postos em prática e efetivados por meio de um processo¹³¹. Logo, normas que propiciem um andamento mais célere dos processos se fazem essenciais.

O acesso à justiça é um direito fundamental à prestação em seus dois aspectos: jurídico e material.

2.5 O Direito de acesso à justiça a partir de uma perspectiva internacional e o histórico desse direito no ordenamento jurídico brasileiro

Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem importantes considerações acerca do desenvolvimento do direito à justiça no livro “Acesso à Justiça”¹³². Os autores começam a traçar o histórico desse direito fundamental a partir dos Estados burgueses, liberais, onde só possuía o acesso à justiça quem fosse detentor de um certo poder econômico e participante de classes sociais mais privilegiadas. Ademais, os direitos defendidos nesse período eram individuais. Nessa época, séculos XVIII e XIX, estava em vigor a teoria do direito natural, que existia antes mesmo da própria criação do Estado e necessitava apenas que este não permitisse a transgressão desse direito por outros.

Não havia atenção do Estado com a defesa e garantia dos direitos das pessoas mais pobres da sociedade. Os direitos destes estavam protegidos pela sorte do acaso. Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹³³ explicam que, por essa situação, a igualdade, tão defendida pela Revolução Francesa, era apenas formal e não material. Não havia um cuidado da realidade diante do acesso à justiça, mas uma preocupação dogmática e formal acerca desse direito, para quem podia pagar.

Explicam os referidos autores que, posteriormente, com o aumento das cidades, bem como com a sua complexidade, passou-se a exigir uma atuação positiva do Estado em relação aos direitos sociais, entre eles o direito ao trabalho, à saúde, segurança social,

violado) e promover (possibilitar que todos usufruam o direito)”. In: **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 300.

¹³¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lênio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018, p. 388.

¹³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 04.

¹³³ *Ibid.*, p. 09.

educação, demonstrando uma nova era dos direitos nas Constituições modernas, em especial com o surgimento e atenção voltada aos direitos coletivos.

Hoje, ainda existem muitos obstáculos para o pleno acesso à justiça aos menos favorecidos. Porém, essa realidade mudou bastante pelo mundo afora, sobretudo com o maior conhecimento de parte da população acerca de seus direitos e formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Além disso, passou a ser garantido o acesso ao judiciário com a gratuidade da justiça em casos em que os interessados não possam arcar com as despesas processuais.

No que diz respeito ao direito fundamental aqui estudado, no Brasil, antes mesmo de sua previsão como norma constitucional, o artigo 75 do Código Civil de 1916¹³⁴, já revogado, previa que “a todo o direito corresponde uma ação que o assegura.”

A norma que estabelece que a lei não excluirá a lesão a direito da apreciação do Poder Judiciário foi primeiramente prevista no contexto constitucional brasileiro na Constituição de 1946¹³⁵, no seu artigo 141, parágrafo 4º. A lei n.º 1.060¹³⁶, de 1950, já estabelecia normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, promovendo, formalmente, o acesso ao Judiciário da grande massa da população brasileira na metade do século XX.

Esse direito fundamental de acesso aos tribunais também foi previsto nas Constituições de 1967¹³⁷ e na Emenda Constitucional n.º 01 de 1969¹³⁸, respectivamente, nos artigos 150, § 4º e 153, § 4º. Somente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV, passou-se a contemplar que a ameaça ao direito também não poderia ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. As Constituições brasileiras de 1824¹³⁹,

¹³⁴ BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹³⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, de 18 de setembro de 1946**. Brasília: Presidência da República, 1946. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹³⁶ BRASIL. **Lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro de 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, especificada em Lei. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1050.htm Acesso em: 2 jun. 2020.

¹³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 15 de março de 1967**.

Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹³⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹³⁹ BRASIL. Presidência da República. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Brasília: Presidência da República, [1841]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

1891¹⁴⁰, 1934¹⁴¹ e 1937¹⁴² não possuíam em seu texto constitucional conteúdos semelhantes.

¹⁴⁰ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1891, de 24 de fevereiro de 1891**. Brasília: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹⁴¹ BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, de 16 de julho de 1934**. Brasília: Presidência da República, [1935]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

¹⁴² BRASIL. Presidência da República. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, de 10 de novembro de 1937**. Brasília: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

3 CONFORMAÇÕES E LIMITAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹⁴³

Neste capítulo haverá a explanação acerca das normas de conformação dos direitos fundamentais com regras sobre processo, procedimento e organização para o pleno exercício de alguns desses direitos, sem ficarem apenas escritos e na retórica, impedidos de ser plenamente efetivados.

Adentrar-se-á, ainda, na seara relacionada às limitações dos direitos fundamentais, já que, como todos os direitos, eles não são absolutos. Há a necessidade de se pensar, de forma técnica, como podem ser realizadas restrições a direitos tão importantes à essência humana. É preciso ser analisado o âmbito de proteção do direito, as restrições legais ¹⁴⁴ e a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo que se possa discorrer sobre suas aplicações no direito fundamental de acesso à justiça.

Às vezes, é o legislador quem determina esses limites ou restrições aos direitos fundamentais; em outras ocasiões, pode ser o próprio administrador e até o julgador.

Dentro da conformação e restrições dos direitos fundamentais, serão desenvolvidas algumas divagações a partir de situações escolhidas e que precisam ser reanalisadas como filtros, a fim de garantir que o direito fundamental de acesso à justiça seja melhor exercido e efetivado, conforme proposto para o capítulo 4.

3.1 Conformação de direitos fundamentais por meio da organização, procedimento e processo

Há normas restritivas de direitos fundamentais, mas também existem normas que possuem o objetivo de completar, reforçar e efetivar esses direitos.

O tema aqui tratado é mais um que possui uma série de nomenclaturas diferentes para a definição de um mesmo conceito: “realização ou efetivação dos direitos fundamentais”, “atualização dos direitos fundamentais”, “otimização dos direitos fundamentais”, “conformação dos direitos fundamentais”, “garantia de direitos fundamentais”, “direitos fundamentais da concretização do legislador”, “proteção dos

¹⁴³ Será utilizada a nomenclatura e subdivisões utilizadas pelo Professor Gilmar Mendes.

¹⁴⁴ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: “A ideia de que existam limites ou restrições a um direito, que com este não se confundem, embora possa parecer trivial à primeira vista, oculta, todavia, uma série de problemas, resultantes, por um lado, da determinação do significado deste limites, por outro, da determinação do significado destes limites, por outro, da distinção entre limitação e outras atividades normativas.” *In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.*

direitos fundamentais com base em posições jurídicas constituídas pelo legislador ordinário”, etc.¹⁴⁵

Neste trabalho, será adotado o termo conformação por ser mais utilizado pelos doutrinadores, como a exemplo dos professores J. J. Gomes Canotilho, português; Gilmar Mendes, brasileiro, e; Robert Alexy, alemão.

Para o pleno exercício de alguns direitos fundamentais, há a necessidade da existência e do uso de normas de procedimento e processo, as quais organizam a forma de exercer esses direitos, dando-lhes direcionamento¹⁴⁶.

O Tribunal Constitucional Federal alemão possui o entendimento reiterado de uma ampla liberdade de conformação do legislador (o que fortalece a democracia, pois foi eleito para tanto) no que alude ao âmbito da igualdade de tratamento. Reconhece, ainda, que não cabe à justiça reexaminar as normas de regulação criadas pelo legislativo quanto aos critérios de mais justo ou mais adequado, pois isso invadiria a competência legislativa. Se assim não fosse, a tarefa de conformação dos direitos fundamentais ficaria com o Judiciário¹⁴⁷.

Não basta somente a previsão de direitos tão importantes em um texto constitucional. Isso não valeria sem que existissem regras sobre o processo e procedimento, detalhando a maneira de exercê-los. Quais seriam os parâmetros para o começo, meio e fim na forma de exercer e efetivar certos direitos fundamentais?

Essas normas, que tratam da organização, processo e procedimento, também necessitam de observância às normas constitucionais e estão intimamente relacionadas às normas de direito fundamental.

Robert Alexy¹⁴⁸ ensina que “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais”.

¹⁴⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.261-1.262.

¹⁴⁶ Segundo José Afonso da Silva os direitos de liberdade não dependem de normas reguladoras. Diz o doutrinador: “é necessário estar atento ao que acaba de ser dito, para não supor que exista ou deva existir norma reguladora do exercício das liberdades. O exercício das liberdades não depende de normas reguladoras, porque, como foi dito, as normas constitucionais que as reconhecem são de aplicabilidade direta e imediata, sejam de eficácia plena ou de eficácia contida. Portanto, a expressão ‘falta de norma reguladora que tome inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais [...]’ do inciso LXXI, do art. 5º, não pode induzir a que as liberdades dependam de normas reguladoras para serem viáveis”. In: DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 271.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 406.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p.473.

Gilmar Mendes explica que se fala em regulação ou conformação no lugar de restrição, sobretudo quando o tipo de direito fundamental requer do legislador ordinário o delineamento de sua “essência” e do “próprio conteúdo do direito regulado”¹⁴⁹.

O acesso à justiça talvez seja um dos direitos fundamentais mais próximos à necessidade de conformação, pois, sem regras mais detalhadas sobre o assunto, não haveria como se exercer esse direito. Pode ser citado também o direito à propriedade¹⁵⁰ e ao consumidor, previstos no artigo 5º da Constituição Federal, respectivamente nos incisos XXII e XXXII, que requerem detalhamentos sobre a efetividade desses direitos¹⁵¹.

As normas de direito processual civil, processual penal, civil, penal, as diversas leis infraconstitucionais e os atos normativos são de grande importância para que esse direito fundamental seja trabalhado e ganhe um longo alcance, com segurança jurídica.

O âmbito de proteção de um direito fundamental precisa de disciplina jurídica para o seu exercício e as normas infraconstitucionais materiais e processuais servem para isso, caso contrário, poderia haver o exercício desses direitos de qualquer forma (ou o não exercício), sem regras preestabelecidas, o que acabaria acarretando injustiças, parcialidades e inseguranças jurídicas¹⁵².

Importante frisar que o âmbito de proteção do direito fundamental, na norma conformadora, não será afetado de forma restritiva, mas regulamentado, com a finalidade de que os cidadãos possam ter um direcionamento sobre como exercer o seu direito. O legislador não poderá dispor dos bens jurídicos protegidos pela norma de direito fundamental, mas terá o dever de legislar para regular aquele direito protegido constitucionalmente.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 196.

¹⁵⁰ No que alude ao direito de propriedade, Robert Alexy lembra que o Tribunal Constitucional Federal alemão reconhece esse direito como de conformação jurídica para poder ser praticável na vida jurídica, assim essa conformação deve ocorrer por normas jurídicas que dispõem sobre aquisição e desfazimento desse direito, bem como as consequências jurídicas relativas à aquisição da propriedade. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 200-201.

¹⁵¹ Sobre o assunto, explica Gilmar Mendes: “sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria de se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico.” *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 195.

¹⁵² J. J. Gomes Canotilho lembra que: “todavia, no sentido aqui conferido à ‘conformação dos direitos’, pressupõe-se que o legislador deixa imperturbado o ‘âmbito de proteção’ (domínio e conteúdo), destinando-se a regulação legislativa a abrir possibilidades de comportamento através das quais os indivíduos exercem os seus direitos fundamentais”. *In*: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.264.

O legislador ordinário possui grande liberdade na função legislativa. Todavia, as normas infraconstitucionais devem estar em conformidade com a Constituição, pois ela é a lei maior, ou seja, possui superioridade normativa em relação às outras leis e atos normativos. Esse é o chamado princípio da conformidade, como mencionado por J. J. Gomes Canotilho¹⁵³. Caso contrário, são regras nulas, sem eficácia, inexistentes, inconstitucionais.

Nesse prisma, resta claro que as leis infraconstitucionais e atos normativos não devem se afastar da Constituição, mas devem ser formalmente e materialmente constitucionais.

Pode-se pensar que essas regras conformadoras são também restritivas, aliás, há uma diferença muito tênue entre as duas e, muitas vezes, de difícil mensuração. Até os termos que algumas Constituições, como a brasileira e a portuguesa, usam para determinar a necessidade legislativa de normas restritivas¹⁵⁴ e conformadoras são os mesmos, ou seja, “de acordo com a lei”, “nos termos da lei”, “conforme a lei”, “na forma da lei”, “fixada em lei”, “na forma que a lei estabelecer”, “que a lei fixar”, “a lei regulará”, dentre outras. Essas conotações não servem para distinguir uma norma restritiva e uma conformadora. A distinção entre as referidas normas deve ser estabelecida caso a caso, dependendo da apreciação da particularidade.

As normas restritivas limitam, de alguma forma, o direito fundamental. Já as normas conformadoras servem para dar efetividade prática aos direitos fundamentais¹⁵⁵.

O direito fundamental de acesso à justiça exige normas de conformação para o seu exercício, pois seu âmbito de proteção é essencialmente normativo e estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Observa-se claramente a previsão da necessidade de lei para o exercício desse direito, com a fixação de regras básicas procedimentais, o que, às vezes, pode causar uma confusão com as normas restritivas.

¹⁵³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.225.

¹⁵⁴ O professor José Afonso da Silva chama as normas restritivas de normas com eficácia contida, que seriam normas que requerem a interferência do legislador infraconstitucional para restringir a plena eficácia de uma norma. É o termo mais adotado e conhecido na doutrina brasileira. In: **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92 e seg.

¹⁵⁵ J. J. Gomes Canotilho ensina que: “entende-se por normas legais restritivas aquelas que limitam ou restringem posições que, prima facie, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais. As normas legais conformadoras completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental (ex: as normas do código civil ‘reguladoras’ do direito ao casamento; as normas da lei sobre partidos densificadoras do conteúdo do direito de associação partidária.” In: *Op. cit.*, p. 1.263.

Em casos como o do direito de acesso à justiça, que exige norma ordinária para direcionar a efetivação e exercício desses direitos, ao ocorrer a omissão dessas normas, haverá lesão ao direito subjetivo protegido constitucionalmente¹⁵⁶.

Na simples observação realizada sobre os dados quantitativos dos processos que são ajuizados diuturnamente no Judiciário brasileiro, além do acervo alto e flutuante de processos tramitando no mencionado Poder, pode-se afirmar que, se não existissem leis que promovessem a organização do ajuizamento desses processos e que dispusessem sobre os requisitos do ajuizamento de ações, além de jurisprudência e doutrinas atentas ao assunto, a promoção da justiça ficaria completamente inviabilizada. O acesso aos tribunais não pode ser feito de qualquer forma, devendo haver regras claras a serem seguidas.

É necessária a existência de um processo legal, previamente estabelecido, para que haja organização no rito processual e segurança jurídica às partes. Estas, por sua vez, precisam saber das regras do jogo de antemão para não serem surpreendidas por regras aleatórias e direcionadas. Ao seguirem essas regras, as partes estarão propícias a obterem uma sentença de mérito, que representa a finalidade daqueles que procuram o Poder Judiciário. Aliás, a norma prescrita no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, é um exemplo de direito fundamental de baixa densidade normativa e que precisa de lei para a regulamentação do acesso à justiça¹⁵⁷. Por isso são essenciais as normas processuais, bem como uma análise séria e aprofundada da jurisprudência e doutrina sobre o assunto.

No próximo capítulo serão usadas algumas normas de conformação com a finalidade que se quer atingir neste trabalho e que diz respeito aos filtros de acesso à justiça, visando diminuir o quantitativo de ações ajuizadas.

¹⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 195.

¹⁵⁷ Nas palavras de Paulo Gonet “mesmo algumas normas constantes do art. 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido. A garantia do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) não prescinde de que a lei venha a dispor sobre direito processual que viabilize a atuação do Estado na solução de conflitos. Da mesma forma, a garantia do Júri (art. XXXVIII) reclama legislação processual adequada. A plenitude de efeitos dessas normas depende da ação normativa do legislador, por que essas normas constitucionais caracterizam-se por uma densidade normativa baixa. Quanto a elas, não obstante o que diz o §1º do art. 5º da Constituição, a maior medida da sua eficácia queda na dependência do legislador infraconstitucional, cuja inércia pode embargar o propósito do constituinte e atrair a censura da inconstitucionalidade por omissão”. In: *Ibid.*, p. 155.

3.2 Âmbito de proteção dos direitos (preservação do conteúdo essencial, proteção do núcleo essencial) e conteúdo juridicamente garantido

Primeiramente, é importante tratar do âmbito de proteção dos direitos e conteúdo juridicamente garantido. As doutrinas estudadas não são unânimes em relação às classificações e nomenclaturas relacionadas a esse tema¹⁵⁸.

O professor português J. J. Gomes Canotilho¹⁵⁹ define bem e faz distinção entre o âmbito de proteção dos direitos e o conteúdo juridicamente garantido quando trata dos direitos fundamentais e, mais especificamente, de seu “regime de restrições”. Ele conceituou e fez suas diferenciações de forma didática e objetiva acerca do âmbito de proteção dos direitos e preservação do conteúdo essencial.

Na pesquisa realizada, foi observado que os doutrinadores também não são uniformes em relação aos termos utilizados. Alguns fazem menção ao “âmbito de proteção dos direitos¹⁶⁰¹⁶¹¹⁶²”, “proteção do núcleo essencial¹⁶³¹⁶⁴” ou “preservação do conteúdo essencial¹⁶⁵”, o que gera uma certa confusão por não haver uniformidade entre as nomenclaturas utilizadas. Contudo, ao que parece, conforme os significados mentais que esses termos trazem, todos tratam do mesmo objeto. Inclusive, há doutrinadores que

¹⁵⁸ Sobre a problemática e não unanimidade acerca do assunto, bem como a aplicação no direito brasileiro, comenta Ingo Sarlet: “a prática constitucional contemporânea apresenta características comuns dotadas de especial importância para a realização normativa dos direitos fundamentais. Dentre essas destacam-se três, que, de acordo com a tradição constitucional de matriz germânica, amplamente difundida, encontram correspondência nas seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção, limite e limites aos limites dos direitos fundamentais. Tal esquema, aplicável aos direitos fundamentais de um modo geral, acabou sendo recepcionado, ainda que nem sempre com a mesma terminologia, em outras ordens constitucionais, inclusive a brasileira, como demonstra a farta e atualizada doutrina, bem como atestam uma série de decisões judiciais, mesmo que muitas vezes tal recepção tenha ocorrido sem qualquer referência expressa ao esquema acima exposto. Certo é que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção (um campo de incidência normativa ou suporte fático, como preferem outros) e, ao menos em princípio, está sujeito a intervenções neste âmbito de proteção. Especialmente a problemática dos limites e restrições em matéria de direitos fundamentais não dispensa, em primeira linha, um exame do âmbito de proteção dos direitos”. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 199.

¹⁵⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 448-449.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 448.

¹⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 457.

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

¹⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 268.

¹⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 212.

¹⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 375-376.

utilizam dois ou mais vocábulos para determinar o mesmo objeto, como é o caso de Jorge Miranda.

J. J. Gomes Canotilho¹⁶⁶ traz clareza ao assunto ao ensinar que os direitos fundamentais dizem respeito a determinados âmbitos/domínios da realidade social, como, por exemplo, o direito à vida faz referência à vida humana. Assim, o âmbito de proteção do direito à vida, em termos materiais, é a vida humana. Porém, não basta isso, pois é preciso saber como o âmbito de proteção material do direito é juridicamente garantido. Nesse contexto, para ser explicado com maiores detalhes, o assunto será trabalhado a partir do artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O âmbito de proteção na norma seria a livre manifestação de pensamento e o conteúdo juridicamente garantido somente a livre manifestação do pensamento identificada. A preservação do núcleo essencial de um direito requer uma hermenêutica adequada ao direito afetado.

A proteção do núcleo essencial da norma descrita no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal é a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito por meio de lei, porém, o conteúdo juridicamente garantido é que essa lesão ou ameaça de direito deva obedecer ao direito processual, que organiza o rito do processo judicial perante o Poder Judiciário, ou seja, sua conformação jurídica¹⁶⁷. A referida norma veta a exclusão, pelo Poder Legislativo, de apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Aduz Gilmar Mendes¹⁶⁸, ao explicar o âmbito de proteção de um direito fundamental (esse autor não trata do conteúdo juridicamente garantido), que ele “abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (v.g, reunir-se sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental”. O autor menciona ainda que esses âmbitos de proteção aos direitos não são iguais. Assim, quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de um ato de Estado efetuar uma restrição a esse direito, sendo a recíproca também verdadeira.

¹⁶⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 448-449.

¹⁶⁷ “As garantias constitucionais do direito de petição e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, quando se trata de lesão ou ameaça a direito, reclamam, para o seu exercício, a observância do que preceitua o direito processual (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV, da CF/1988)”. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 4.556 AgR**, Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 25-6-2009. Publicado em: 21/8/2009. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em: 15 fev. 2020.

¹⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 192.

O âmbito de proteção e o conteúdo juridicamente protegido não estão inseridos em uma lei que diz exatamente como funciona em relação a determinado direito fundamental. A definição do que seria esse âmbito de proteção e a preservação do conteúdo essencial, bem como a sua amplitude em certo direito fundamental, depende de um trabalho hermenêutico.

Não há a previsão expressa desse núcleo essencial de proteção dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988, porém, o seu artigo 60, § 4º, inciso IV, estipula as cláusulas pétreas do direito constitucional brasileiro e, nessa norma, há a previsão expressa de que não podem existir emendas para extinguir os direitos e garantias individuais, nele incluído o acesso à justiça, sendo uma norma restritiva também no que se refere aos legisladores ordinários. Hoje, estaria proibida a edição de Atos Institucionais com a finalidade de excluir a apreciação a lesões a direitos fundamentais, como já ocorreu anteriormente na história brasileira.

A não admissão de um núcleo de proteção aos direitos fundamentais, mesmo que não haja previsão constitucional para tanto, colocaria em xeque a proteção dos direitos fundamentais e a segurança jurídica da sociedade.

Como exemplo acerca da proteção do núcleo do direito fundamental, no Brasil, houve o julgamento do *habeas corpus* n.º 82.959¹⁶⁹, que reconheceu que a aplicação de regime integralmente fechado ao condenado por crime hediondo configuraria lesão ao núcleo essencial do direito fundamental à individualização da pena.

O âmbito de proteção ao direito fundamental¹⁷⁰ funciona como freio ao abuso de poder daqueles que querem infringir os direitos fundamentais, pois o conteúdo essencial

¹⁶⁹ “PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A **progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90**”. (STF - HC: 82959 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510).

¹⁷⁰ Jorge Reis Novaes defende que “a garantia do conteúdo essencial não constitui qualquer privilégio das normas constitucionais de direitos fundamentais e, muito menos, dos direitos, liberdades e garantias. Não são apenas os preceitos fundamentais relativos a direitos fundamentais que não podem ver o seu conteúdo essencial afetado, mas o mesmo acontece com toda e qualquer norma constitucional por força de sua superioridade formal relativamente aos atos dos Poderes constituídos. No limite, a concessão absoluta do conteúdo essencial redundaria até em relativização e enfraquecimento das normas de direitos fundamentais quando em comparação com outras normas constitucionais. É que enquanto estas últimas, sob pena de inconstitucionalidade, não podem ser contrariadas pelas normas ordinárias, seja mito ou pouco, já as normas de direitos fundamentais poderiam sê-lo marginalmente desde que não se afetasse o

de um direito fundamental serve de obstáculo absoluto para que o valor desse direito não seja alterado.

O âmbito de proteção do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, é a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Destarte, essa proteção não pode ser proibida por lei.

Após essa análise acerca do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e preservação do conteúdo essencial, tratar-se-á, agora, da apreciação dos limites aos direitos fundamentais.

3.3 Restrições ou limites aos Direitos Fundamentais

Não é fácil pensar acerca de restrições de direitos fundamentais por estes serem tão intrínsecos à categoria humana.

Sobre o assunto, Robert Alexy¹⁷¹ explica que “o conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição.”

Neste subcapítulo, o primeiro tema a ser abordado diz respeito às teorias internas e externas, e o último sobre as restrições propriamente ditas.

3.3.1 Teorias internas (ou dos limites imanescentes) e externas

Outras teorias que encontram muitas divergências entre os doutrinadores dizem respeito às teorias internas (ou teoria dos limites imanescentes)¹⁷² e externas¹⁷³.

tal conteúdo intocável”. In: NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 792. Jorge Miranda não se associa a esse pensamento, pois afirma que “a garantia do conteúdo essencial é uma garantia no domínio das restrições. Fora das restrições. É todo o conteúdo das normas de direito fundamentais que tem que ser respeitada”. In: MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 378.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 277.

¹⁷² De acordo com Jorge Reis Novais, em Portugal, o Tribunal Constitucional foi dominado pela doutrina dos limites imanescentes até os fins dos anos noventa, por influência da doutrina de José Carlos Vieira de Andrade e Gomes Canotilho, ainda hoje sendo aplicada. In: NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 81.

¹⁷³ Jorge Reis Novais diz que a proposta dele de “compatibilização da ideia dos direitos como trunfos com a ideia de existência de uma reserva legal imanescente de ponderação que afecta intrinsecamente a realização dos direitos fundamentais está estreitamente associada ao modelo tradicionalmente identificado como teoria externa”. In: *Ibid.*, p. 80.

A teoria interna ou do limite imanente trataria de “uma ideia de direito fundamental com determinado conteúdo¹⁷⁴”, pela qual haveria limites estabelecidos na essência do próprio conteúdo do direito.

Ao comentar os limites imanentes, o professor Jorge Miranda¹⁷⁵ diz que é “justamente por o conteúdo essencial ser incidível de um determinado bem jurídico objetivo, ele envolve, pela negativa, aquilo a que se tem chamado limites imanentes, intrínsecos, de conteúdo ou de objeto”. Logo, os limites imanentes não compreendem aquilo que não é compatível com o próprio valor da norma jurídica, o que é verificado por meio de uma interpretação sistemática. Eis alguns exemplos: o direito fundamental à liberdade de expressão não compreende o direito de ofender alguém; o direito à reunião não insere o direito a uma reunião com fins criminosos; o direito à liberdade não inclui a venda dos órgãos do próprio corpo.

José Carlos Vieira de Andrade¹⁷⁶ adota a teoria dos limites imanentes por ser “tecnicamente justificada” e “útil no plano dogmático-prático”, e sustenta a existência dos limites imanentes explícitos. Já Jorge Miranda¹⁷⁷ defende a existência dos limites imanentes, mas não concorda com a existência dos limites imanentes explícitos. O autor defende que, na verdade, se tratam de limites ao exercício de direitos.

Um crítico da teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais é Jorge Reis Novaes¹⁷⁸, que fundamenta sua discordância no fato de que, ao se defender a existência de um limite imanente do direito fundamental, isso pode ser operacionalizado com generalidade e indeterminação do conceito. O autor cita como exemplos “direitos dos outros, lei moral, ordem pública, leis gerais, interesse da comunidade, tudo pode ser considerado limite imanente”. Ele acrescenta que pode servir para, de forma tendenciosa, afastar o controle de qualquer tipo de negação ou disfarce de alguma restrição, que deve ser controlada constitucionalmente. O referido autor também defende que, com base no Estado de Direito e Democracia, existem conflitos entre princípios que devem ser resolvidos por meio de ponderação, com aplicação dos princípios de igualdade, proteção da confiança e proibição do excesso.

¹⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 198.

¹⁷⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 380.

¹⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 276 e 272-273.

¹⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 381.

¹⁷⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 82, 85.

Ingo Salert¹⁷⁹ afirma que a omissão, por parte da teoria interna, entre a diferenciação do âmbito de proteção e dos limites imanentes dos direitos fundamentais, pode levar à inclusão de outras ideias relacionadas a outros bens, os quais também merecem proteção, como os “interesses coletivos e estatais dentro do próprio âmbito de proteção desses direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade”.

Jorge Reis Novais¹⁸⁰ traz algumas reflexões interessantes sobre os limites dos direitos fundamentais. As primeiras limitações aos mencionados direitos são decorrentes do texto constitucional. Os Constituintes elaboram a Constituição e, posteriormente, com sua promulgação, os Congressistas podem emendá-la. Os membros do Poder Legislativo são eleitos pelo povo, por meio da maioria dos eleitores. Os próprios representantes do povo, através das normas constitucionais, acabam por limitar os direitos fundamentais da maioria. Sim, pois existem limites aos direitos fundamentais através da interpretação sistemática da Constituição¹⁸¹. Além dessa limitação, os legisladores, por meio de leis ordinárias, com previsão constitucional, podem criar leis restringindo os direitos fundamentais.

O mencionado professor ensina ainda que, mesmo sem previsão constitucional, os legisladores, prevendo futuros conflitos entre os direitos fundamentais, podem limitá-los¹⁸². Ele justifica que, com base nessa explicação, que o art. 18, n.º 2, da Constituição Portuguesa, não pode ser levado a sério, pois é humanamente impossível ao legislador visualizar todas as situações de conflitos e necessidade de restrições, por isso afirma a existência da necessidade e possibilidade de restrição aos direitos fundamentais fora dos casos que são expressamente previstos na Constituição.

Essa necessidade de interpretação sistemática faz parte do próprio ordenamento jurídico. Se não houvesse essa característica de limitabilidade intrínseca aos direitos fundamentais, não haveria como prever um direito fundamental ou outro direito qualquer sem se estabelecer previamente, e de forma expressa, suas definições, limitações,

¹⁷⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

¹⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 70.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 71.

¹⁸² Jorge Reis Novais chama essa situação de trunfos contra a maioria, pois os legisladores são eleitos de forma democrática pelo povo, ou seja, esses representantes do povo, eleitos pela maioria, podem limitar os direitos fundamentais da maioria. *In: Ibid.*, p. 70.

exceções e destinatários desses direitos no corpo do texto constitucional. Isso beira ao impossível. Frise-se que o legislador não tem como prever as situações futuras¹⁸³.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸⁴ ensina que, em relação aos limites imanentes, não existe uma norma constitucional ou legal acerca das restrições. Dessa forma, a doutrina traz outra forma de restrição, a qual considera a existência de uma “cláusula da comunidade”, ou seja, os direitos, liberdade e garantias possuem limites nos direitos dos outros, na ordem social, além de estarem limitados eticamente sempre que houver um perigo jurídico necessário à própria existência em sociedade. O professor afirma que essa teoria possui grandes críticas, pois não traz segurança jurídica, uma vez que permite restrições dos direitos fora da lei, sendo um retrocesso à proteção constitucional dos direitos fundamentais.

Já a teoria externa está fundamentada na ideia de restrição externa, como o próprio nome diz. Por isso, deve haver harmonia entre o direito fundamental a ser trabalhado, usufruído e os outros direitos fundamentais. O direito, em um primeiro momento, é ilimitado, sem restrições. Com restrições casuais, torna-se limitado¹⁸⁵. O direito não estaria ligado às restrições. Nesse contexto, existiriam os direitos não limitados e os limitados, através da previsão de restrições¹⁸⁶.

Ingo Sarlet¹⁸⁷ explica que a teoria externa seria a que melhor se adequa à construção das argumentações relativas às soluções das colisões entre os direitos fundamentais, “tendo em conta a necessidade de imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social”.

Reforçando o ponto de vista de Ingo Sarlet, J. J. Gomes Canotilho¹⁸⁸ afirma que a teoria dos limites imanentes dificulta a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 71.

¹⁸⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.280.

¹⁸⁵ Ingo Sarlet afirma que “a distinção entre âmbito de proteção e limites oferece significativas vantagens em termos de operacionalidade jurídico-dogmática, correspondendo à exigência de transparência metodológica, especialmente por não misturar interesses divergentes, além de implicar que o ônus da justificação de uma restrição recaia obre o intérprete que a invoca [...]”. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 201.

¹⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 198.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* *Op. cit.*, p. 201.

¹⁸⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. cit.* 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.280.

não seria possível se fazer uma ponderação na fase do terceiro subprincípio, tendo em vista os limites originários.

Gilmar Mendes ensina que quem considera que os “direitos individuais consagram posições definitivas”, adota a aplicação da teoria interna; já quem acredita que aqueles direitos “definem apenas posições *prima facie* (*prima facie Posicionen*: princípios)”, prende-se à teoria externa.

Igualmente, para Robert Alexy¹⁸⁹, a teoria externa é a que vale quando se fala em restrição *prima facie* de um direito protegido pela norma de direito fundamental.

Como nesta dissertação será utilizado o princípio da proporcionalidade e conflito de alguns princípios, a teoria adotada no trabalho é a externa.

3.3.2 Tipos de restrições aos direitos fundamentais

As regras de restrições ou limites dos direitos fundamentais trazem segurança jurídica à sociedade e impedem que os direitos fundamentais sejam restringidos de qualquer forma, o que poderia comprometer o seu âmbito de proteção. Além disso, constitui-se num meio de evitar maiores conflitos de direitos entre os indivíduos.

As normas restritivas são chamadas pelo doutrinador brasileiro José Afonso da Silva de normas de eficácia contida; elas fazem parte da teoria clássica da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, desenvolvida pelo referido professor e muito difundida e adotada no meio jurídico brasileiro¹⁹⁰.

Algumas restrições aos direitos fundamentais são plenamente constitucionais e necessárias, outras revelam-se inconstitucionais.

As restrições podem corresponder às ações ou omissões dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou seja, dos Poderes Público, ou de particulares, que dificultam, reduzem ou eliminam o bem jurídico protegido quando afetam seus aspectos objetivos (garantia e proteção) ou subjetivos (exercício)¹⁹¹.

¹⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 280.

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92 e seg.

¹⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 157.

Gilmar Ferreira Mendes¹⁹² diz que “a Constituição de 1988, tal como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento de restrições diretas e restrições indiretas a diferentes direitos fundamentais”. Há restrições aos direitos fundamentais que são feitas diretamente na Constituição¹⁹³. Como exemplo, tem-se o artigo 5º, inciso XI, da CF/88, que estabelece que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Segundo Robert Alexy, os direitos fundamentais decorrem da hierarquia constitucional e somente podem ser restringidos por normas constitucionais (restrições diretamente constitucionais) ou normas infraconstitucionais, previstas por aquelas (restrições indiretamente constitucionais)¹⁹⁴.

Em relação ao direito de acesso à justiça, existem duas restrições realizadas diretamente na Constituição. Uma está prevista no capítulo que disciplina as forças armadas. O artigo 142, § 2º, proíbe a impetração de *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares. A outra está disposta na seção que trata do desporto. O § 1º do artigo 217 assevera que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após se esgotarem as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. O § 2º do mesmo artigo diz que “a justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

Essa norma trata de uma limitação temporária, sendo a única previsão constitucional de imprescindibilidade de esgotamento da instância administrativa como requisito para o ajuizamento de ação judicial. Portanto, nesse caso afeto à justiça desportiva, ou se aguarda o esgotamento das instâncias dessa justiça especializada, ou o prazo limite de sessenta dias para o proferimento de decisão final, cujo intuito é que o interessado ajuíze ação relativa à disciplina e competições desportivas.

Em face dessa restrição ter sido inserida no texto constitucional através do constituinte originário e do princípio da unidade da Constituição, é plenamente válida, sendo impossível a alegação de qualquer inconstitucionalidade.

¹⁹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 197.

¹⁹³ O que Gilmar Mendes chama de restrições imediatas. *In: Ibid.*, p. 200.

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

Ocorre a reserva legal simples quando a Constituição prevê a possibilidade de restrição do direito fundamental pelo legislador, sem maiores detalhamentos do que deveria conter na lei. A norma descrita no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, é um exemplo de reserva legal simples. As normas constitucionais que dizem respeito à reserva legal simples possuem, geralmente, as seguintes redações: nos termos da lei, na forma da lei, no prazo da lei, definida em lei, ressalvadas as hipóteses legais, etc.

Sobre a norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, Gilmar Mendes classifica como de reserva legal simples, pois não proíbe que o legislador legisle acerca da proteção judicial, mas apenas não permite que lesões ou ameaças a direitos sejam excluídas da apreciação do Poder Judiciário¹⁹⁵.

Na reserva legal qualificada, a Constituição também preceitua que o legislador deverá restringir a norma de direito fundamental, porém com o estabelecimento de “condições especiais, os fins a serem perseguidos e os meios a serem utilizados¹⁹⁶”, que pode ser exemplificado com a norma do art. 5º, XII, da CF, que trata da inviolabilidade do sigilo das correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”¹⁹⁷.

Jorge Reis Novaes¹⁹⁸ defende ainda uma outra categoria de restrição ao direito fundamental, sem expressa previsão legal (sua tese de doutorado). Ele argumenta que a possibilidade dessas restrições está condicionada ao fato de que sempre poderá haver conflitos em situações particulares entre direitos fundamentais, sendo que é humanamente impossível o legislador prever todas as hipóteses de conflitos de direitos.

Os direitos sem restrições constitucionais expressas não são irrestritos, devem ter conformação na própria ordem jurídico-constitucional (como será demonstrado em outro subcapítulo) e podem sofrer limitações obedecendo aos parâmetros restritivos das leis.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 206.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 206.

¹⁹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Canotilho exemplifica a situação com o artigo 45º, 2, da Constituição portuguesa, e aduz que, mesmo não havendo menção restritiva no texto constitucional acerca das manifestações, é inconcebível que alguém tenha direito de se manifestar com armas e de forma violenta, contrariando a norma constitucional acerca das reuniões. A manifestação não pacífica e com armas não guarda conformação com a ordem jurídico-constitucional portuguesa¹⁹⁹.

Gavara de Cara afirma que, no caso de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal, o legislador poderia fazer uma restrição legal com base nos direitos de terceiros ou de outros princípios constitucionais²⁰⁰.

Gilmar Mendes ensina que, no ordenamento brasileiro, essa restrição, por meio de lei, seria perfeitamente aceitável, com sustentação no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No entanto, como se trata de restrição a direito, a lei restritiva teria que se basear em outro direito fundamental expresso na Constituição²⁰¹.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira, ao dizer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, quer dizer que a lei não poderá restringir o acesso à justiça, de qualquer forma, a lesões ou ameaças ao direito. Contudo, a lei deverá fazer as devidas conformações desse direito fundamental de acesso à justiça, sob pena de se tornar inviável, sem organização.

Para Gilmar Mendes, um exemplo de restrição ao direito fundamental sem expressa previsão legal ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 70.814²⁰², que decidiu que a administração penitenciária poderia interceptar a correspondência do apenado com base na segurança pública, disciplina prisional ou preservação da ordem jurídica. A inviolabilidade das correspondências, norma constitucional disposta no artigo 5º, XII, não poderia servir para encobrir práticas ilícitas. Nota-se que a restrição à norma

¹⁹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 451.

²⁰⁰ DE CARA, Juan Carlos Gavara. **Derechos fundamnetales y Desarrollo Legislativo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1994, p. 150.

²⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211.

²⁰² “A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** n.º 70814/SP. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Brasília, 1º de março de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 09 fev. 2020.

constitucional de inviolabilidade do sigilo das correspondências, bem como o artigo 41, XV, da lei n.º 7.210/84²⁰³, que estabelece que é direito do preso “o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes”, foi realizada juridicamente com a prevalência de outros valores. Segundo o Ministro, “nem tudo o que se encontra amparado, em tese, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa [...] colhe efetiva proteção dos direitos fundamentais.”²⁰⁴

Esse caso trata de uma situação singular, pela qual se chegou à conclusão de que a prática não poderia ser acobertada por uma regra constitucional de inviolabilidade das correspondências.

3.4 Limites dos Limites

No Brasil, no texto da Constituição de Federal de 1988, não há uma norma prevendo expressamente os limites aos limites dos direitos fundamentais. Já em Portugal, o artigo 18, nos seus incisos II e III, da Constituição de 1976²⁰⁵, dispõe acerca dos limites aos limites dos direitos fundamentais, assim como o artigo 19, inciso II, da Lei Fundamental Alemã, de 1949, e o artigo 53, n.º 01, da Constituição Espanhola de 1978.

Essas previsões constitucionais de limites às restrições dos direitos, liberdades e garantias são uma forma de impedir que o Poder Legislativo restrinja essas normas de tal modo que acabem por impedir o exercício do direito fundamental.

Os limites às restrições de direitos, liberdades e garantias cerceiam a atividade legislativa de forma discricionária, sendo que, se o legislador ultrapassar os limites das restrições, a norma poderá ser declarada inconstitucional.

²⁰³ BRASIL. Presidência da República. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm Acesso em: 28 jun. 2020.

²⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211.

²⁰⁵ Referido artigo dispõe que: “Artigo 18.º Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. In: PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005].

Esse tema de limites das restrições aos direitos fundamentais também encontra uma série de divergências na doutrina, não sendo, assim, unânime a sua classificação, conceitos e forma de aplicação.

O Ministro Gilmar Mendes dá uma explicação de forma simples e objetiva sobre os limites dos limites, ressaltando que as restrições aos direitos, liberdades e garantias são limitadas. Esses limites servem de parâmetro aos legisladores, como, por exemplo, no que concerne à proteção do núcleo essencial do direito quanto à “clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.”²⁰⁶

Ao tratar dos limites dos limites, J. J. Gomes Canotilho²⁰⁷ faz uma explanação com clareza e de forma bem didática acerca da diferença dos limites dos limites com as restrições tratadas anteriormente. O professor explica que as leis restritivas devem obediência aos requisitos restritivos dessas mesmas normas constitucionais. Em decorrência disso, assume-se o nome restrições dos limites ou de limite dos limites. Em forma de questionamentos, ele faz uma série de retalhos no artigo 18 da Constituição portuguesa, que trata da força jurídica dos deveres e direitos fundamentais. Primeiro, deve-se distinguir se é uma lei formal ou organicamente constitucional, ou uma lei da Assembleia da República ou um decreto-lei autorizado do Governo. Depois, se há autorização expressa da Constituição para o estabelecimento de limites através de lei, se a lei restritiva possui a característica de ser geral e abstrata, se possui efeitos retroativos, se respeita o princípio da proibição do excesso, com restrições à finalidade de resguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, se a lei restritiva reduz a extensão e alcance do âmbito de proteção do direito fundamental.

As restrições aos direitos fundamentais possuem requisitos formais (qual a norma competente para estabelecer a restrição) e materiais (conformidade material com o sistema constitucional). Ambos estão dispostos na Constituição em suas normas e possuem como finalidade dar segurança jurídica e proteção aos direitos fundamentais.

No caso da Constituição portuguesa de 1976, a exigência de autorização constitucional expressa a restrição de direitos, liberdades e garantias, podendo apenas ser realizada através de lei. Encontra-se prevista no artigo 18º, 2, com a seguinte redação: “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos

²⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211-212.

²⁰⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 451.

na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

A norma do artigo 18º, 2, da Constituição portuguesa traz também em seu conteúdo o princípio da proibição do excesso, pois a lei restritiva de direitos fundamentais deve ser adequada (conforme os fins, pertinente, apto) ao meio utilizado e ao fim buscado; necessária (exigível, meio mais suave, vedação do excesso), ou seja, deve primar pela escolha da decisão menos gravosa; e proporcional em sentido estrito (com justa medida). Leva-se em consideração o custo-benefício da medida, a ponderação entre os danos da decisão e os resultados a serem alcançados ²⁰⁸.

O artigo 18º, 3, da Constituição portuguesa estabelece alguns requisitos que se assemelham às leis restritivas de direitos, liberdades e garantias: 1) devem ter caráter geral e abstrato; 2) não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

A regra do artigo 18º, 3, da Constituição portuguesa evita que as leis restritivas sejam usadas de forma casuísticas, para beneficiar ou prejudicar alguém (prestigiando o princípio da igualdade). Além disso, a regra desse artigo fortalece a segurança jurídica ao proibir leis retroativas (que são regra no direito penal) que limitem a extensão de algum direito fundamental ou diminuam o limite de proteção material de um direito fundamental.

As restrições ao direito fundamental possuem como limites: a) o núcleo essencial do direito, conforme já debatido no início deste capítulo, com o escopo de evitar o esvaziamento de seu conteúdo com restrições desproporcionais; b) o princípio da proporcionalidade²⁰⁹ ou proibição do excesso (utiliza-se para a sua baliza a averiguação da necessidade e adequação, além da própria proporcionalidade em sentido estrito); c) a proibição de leis casuísticas, assegurando-se o princípio da isonomia e evitando os tratamentos arbitrários para beneficiar ou prejudicar alguém.

A adequação requer que as medidas restritivas sejam aptas para atingir as metas pretendidas.

²⁰⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457.

²⁰⁹ Gilmar Ferreira Mendes enfatiza que o princípio da proporcionalidade possui base no postulado geral de Direito, porém diz também que esse princípio “seria um postulado constitucional autônomo que teria a sua sede material na disposição constitucional sobre o devido processo legal (art. 5º, LIV)”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 211-212 e 225.

A necessidade diz respeito à utilização do meio menos gravoso para se conseguir os objetivos a serem alcançados.

Os limites dos direitos fundamentais terão que ser adequados e necessários antes de se apurar a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade deve ser avaliado em conjunto com o princípio da proibição da proteção insuficiente. Um exemplo de um caso de proteção insuficiente no direito brasileiro foi o decidido no RE 418.376²¹⁰, em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer, para fins de extinção de punibilidade, a união estável entre uma criança, que desde os seus 09 (nove) anos de idade era violentada pelo seu tutor, marido da sua tia, e veio a engravidar dele aos 12 (doze) anos de idade. O Tribunal considerou que não se estaria acatando o princípio da proporcionalidade no que diz respeito à proibição de proteção ineficiente.

3.5 Princípio da proporcionalidade

Apesar de a Constituição ser uma só e dever ser interpretada de forma a garantir a máxima harmonização entre suas normas e dos bens jurídicos protegidos, através de interpretação que vise a concordância prática, ela é fruto do contexto político de uma época e abarca, às vezes, interesses contrapostos, decorrentes de um ambiente democrático, que, no caso concreto, devem ser ponderados²¹¹.

Nas palavras de J. J. Gomes Canotilho²¹², o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso é “um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a

²¹⁰ “PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido”. (RE 418376, Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO. Relator(a) p/ Acórdão: Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2006. Publicado em: 23/03/2007).

²¹¹ SARLET, Ingo. *In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 93.

²¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 268.

adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto de direitos ou interesses em conflito.” A técnica do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, é utilizada quando existem normas constitucionais em conflito.

Como bem lembrado por George Marmelstein²¹³, “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito.”

É típico de um Estado de Direito possuir normas constitucionais que contemplem diversos valores, alguns contraditórios aos outros. Em face da unidade da Constituição, a técnica da proporcionalidade, em sentido amplo, é uma das possibilidades de verificação sobre qual norma deve prevalecer quando houver conflito em determinado caso concreto. A restrição total ou parcial de um valor, através das regras da proporcionalidade, sempre deve ser buscada com a máxima otimização das normas.

As limitações (restrições) a um direito devem atingir a finalidade visada, sem atingir o seu âmbito de proteção. Essa teoria foi bastante desenvolvida pelo professor alemão Robert Alexy, que a chamou de técnica da máxima proporcionalidade, composta por 03 (três) subprincípios ou máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito²¹⁴.

O professor Robert Alexy²¹⁵ defende que as interferências nos direitos constitucionais somente são possíveis se justificadas, e apenas são justificadas se forem proporcionais. Portanto, para isso, há a necessidade do balanceamento das normas jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal utilizou pela primeira vez o princípio da proporcionalidade em 1953, em um caso relacionado à proteção do direito de propriedade, com referência ao abuso do direito de taxar. O caso está detalhado no Recurso Extraordinário n. 18.331, cuja relatoria é do Ministro Orozimbo Nonato²¹⁶.

Referida técnica da máxima proporcionalidade é frequentemente utilizada no direito brasileiro para a resolução de conflitos de princípios. Nesse caso, um princípio não invalida o outro, como acontece no conflito entre normas, mas há a preponderância de

²¹³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 373.

²¹⁴ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4. December. 2003.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 436.

²¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 322.

um sobre o outro. Referida técnica também é tida como intrínseca aos direitos fundamentais, pois ao legislador não é humanamente possível prever todas as situações de conflito entre as normas e entre os princípios. Assim, muitas vezes, esses conflitos são observados e decididos caso a caso, de acordo com o sistema jurídico e técnica de resolução desses conflitos entre direitos.

Quando foi abordado o tema limites dos limites, foi mencionada essa técnica, utilizada para promover o princípio da proibição do excesso, disposto no artigo 18, 2, da Constituição portuguesa, ou seja, qualquer limitação à lei deve ser adequada, necessária e proporcional ao fim que se quer alcançar.

Alguns doutrinadores brasileiros, a exemplo de George Marmelstein²¹⁷, reconhecem a aplicação da proibição do excesso ou da máxima proporcionalidade nas limitações de direitos fundamentais através de leis infraconstitucionais. Marmelstein explica que se houvesse uma análise literal da regra insculpida no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, toda a regra processual seria inconstitucional (alguns doutrinadores chamam essa situação de conformação do direito de acesso à justiça, assim como Gilmar Mendes e J. J. Gomes Canotilho, o que não seria propriamente uma restrição ao referido direito).

George Marmelstein defende que, quando houver colisão de direitos fundamentais, o legislador pode limitar um direito fundamental através de uma lei infraconstitucional, mas apenas se houver a finalidade de proteger um outro direito fundamental. Nesse âmbito, o princípio da proporcionalidade deverá ser utilizado para definir qual será a limitação de um dos direitos fundamentais para se dar uma maior efetividade a outro direito fundamental.

O princípio da proporcionalidade visa proteger um direito fundamental em conflito com outro direito fundamental.

Com essa pequena demonstração acerca das teses de conformação, considerando o âmbito de proteção dos direitos, restrições e limites dos direitos fundamentais, pretende-se solucionar uma parte do problema aqui posto acerca do uso ilimitado e sem restrições do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil.

²¹⁷ LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2627>. Acesso em: 14 fev. 2020.

Os filtros utilizados para sugestão de soluções ao direito de acesso à justiça possuem como reforço o uso das técnicas de hermenêutica, principalmente a de interpretação sistemática dos direitos e interpretação conforme.

4. A PROBLEMÁTICA ENFRENTADA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COM O SEU USO PREDATÓRIO E ALGUMAS SOLUÇÕES: RESTRIÇÕES, CONFORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Poder Judiciário brasileiro, por mais que todo ano alcance recordes nos índices de produtividade, não consegue um resgate positivo de sua imagem, pois não julga os processos com uma razoável celeridade. Ações judiciais demoram para terem seus trâmites finalizados, o que resulta em injustiças, impunidades, custos e desgastes emocionais.

Há uma priorização na estatística relacionada à quantidade de processos julgados, o que pode acabar afetando a qualidade dos julgamentos, pois, quando se tem pressa e preocupação com números, pode ser que não se tenha uma pesquisa aprofundada no desenvolvimento dos trabalhos, além de amadurecimento suficiente sobre a causa.

Verifica-se que esse conjunto de problemas não advém de suposta falha na produtividade do Poder Judiciário brasileiro, que é altamente produtivo e está sempre batendo metas quantitativas²¹⁸.

O Relatório Justiça em Números de 2019, publicado pelo CNJ, aponta que os indicadores de produtividade dos magistrados brasileiros têm crescido desde 2014, atingindo uma taxa maior de produtividade no ano de 2018. De 2014 a 2018, houve um aumento de 10,7% em produtividade, com a média de 1.877 processos baixados por juiz em 2018, o que representa uma média de 7,5 casos solucionados por dia útil do ano, com o registro dos dias de férias e recessos²¹⁹. A taxa de congestionamento apresentou redução, muito sutil, apenas no ano de 2018, o que indica que a alta produtividade dos

²¹⁸ Recentemente, com a recomendação do isolamento social pela Organização Mundial da Saúde, o Conselho Nacional da Justiça publicou a Resolução n.º 313, de 19/03/2020 (que foi a primeira das quatro Resoluções do CNJ acerca da aplicação do teletrabalho do Poder Judiciário durante a pandemia do COVID-19), a qual readequou o trabalho na Justiça brasileira com o teletrabalho, audiências através de videoconferências e sobreaviso, sendo que, **no período de 16/03 a 05/04, houve uma produtividade de 1.380.032 (um milhão, trezentos e oitenta mil e trinta e dois) processos julgados no âmbito das 1ª e 2ª instâncias dos Tribunais brasileiros. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça mantém produtividade e destina quase R\$ 200 mil para combate à pandemia.** Brasília, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-tres-semanas-justica-destina-quase-r-200-milhoes-para-combater-coronavirus/>. Acesso em: 08 abr. 2020.

²¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019.** Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2018, p. 80.

magistrados brasileiros não gera a diminuição de demandas ajuizadas, conforme o esperado²²⁰.

A problemática está nas milhares e milhares de demandas ajuizadas diuturnamente, as quais se acumulam nas caixas dos sistemas eletrônicos de movimentação processual, sem que juízes e servidores do Judiciário tenham capacidade física e mental para agir com a rapidez esperada em tantos e tantos processos. Estes totalizam, em números, cerca de um terço da população do Estado brasileiro²²¹.

São dezenas de milhões de processos tramitando na Justiça brasileira, ficando claro que não há capacidade humana para se produzir mais e finalizar essas ações em um tempo de tramitação adequado²²², conforme determina o comando do inciso LXXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira.

Em decorrência dessa situação absurda de ações ajuizadas e acervo processual extravagante, pensou-se sobre o que poderia ser viabilizado para que haja a diminuição dessa quantidade de processos. Não se quer restringir o direito fundamental de acesso à justiça de forma inconstitucional e de qualquer jeito, o que se pretende é que os números diminuam, mas de forma técnica, através de filtros, pois o que se vê não se enquadra em uma situação normal de uso do Poder Judiciário. O que se busca é uma utilização razoável e dentro da normalidade desse Poder, com o escopo de que ele seja célere e efetivo, quando tiver que assegurar direitos.

Visando garantir a celeridade processual, bem como evitar o ajuizamento de ações judiciais contrárias aos entendimentos já sedimentados pelos tribunais, além de assegurar a uniformização dos entendimentos jurídicos com isonomia e segurança jurídica, o novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em 15 de março de 2016, previu o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas em seus artigos 976 a 987, que pode ser (e deve ser) instaurado quando houver a repetição de processos que

²²⁰ “A taxa de congestionamento do Poder Judiciário apresentou redução nos últimos 2 anos, apresentando taxa superior somente ao índice verificado no ano de 2009. As variações anuais são sutis e, em 2018, houve redução de 1 ponto percentual, fato bastante positivo e, até então, nunca observado. Ao longo de 9 anos, a taxa de congestionamento variou em apenas 0,6 ponto percentual”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2018, p. 95.

²²¹ “No ano de 2018, foram proferidas 32 milhões de sentenças e decisões terminativas, com aumento de 939 mil casos (3%) em relação à 2017. Em 10 (dez) anos, registrou-se, também, um crescimento de 36,8% da produtividade” – destaques acrescentados. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 80.

²²² “Nesse período de 4 anos, a produtividade aumentou em 10,7%, alcançando a média de 1.877 processos baixados por magistrado em 2018, ou seja, uma média de 7,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos” – destaques acrescentados. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. cit.*, p. 89.

tenham controvérsias nos tribunais acerca de questões de direito. Essa é uma inovação legislativa que visa resolver, em conjunto (em lote), inúmeras demandas ajuizadas, associadas a um mesmo tema jurídico.

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um exemplo de que a problemática da alta demanda judicial possui diversas vertentes de soluções jurídicas, o que reforça que este trabalho dissertativo não esgota as vias solução.

Enquanto o acesso ao Poder Judiciário aumentou bastante nos últimos anos, assim como sua produtividade, de modo geral, o mesmo não se pode dizer em relação à sua celeridade e eficiência. Por mais que se trabalhe produzindo sentenças e decisões terminativas, com o aumento da quantidade de processos tramitando no Poder Judiciário, é praticamente impossível diminuir esse gargalo processual com a rapidez desejada.

Há um contraste entre ter acesso ao Poder Judiciário e garantir que a justiça seja efetivada, tendo em vista a demora processual. Com base nessa afirmativa, propõe-se trabalhar restrições constitucionais relacionadas a esse direito fundamental, o qual está sendo afetado em sua eficiência por conta das inúmeras ações ajuizadas, sem maiores critérios e filtros, com fundamento em uma interpretação ampliativa do direito fundamental de acesso à justiça²²³. Essa é uma interpretação equivocada, pois, para que esse direito seja efetivo e eficiente, não adianta apenas o seu exercício através do ajuizamento de uma ação. O trâmite processual deve ser célere, dentro de uma razoabilidade esperada, com a observância do devido processo legal.

Já dizia o jurista Ruy Barbosa²²⁴ que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

O âmbito de proteção da norma de acesso à justiça é garantir que todos, com base no princípio da igualdade, possam reivindicar seus direitos e fazer suas defesas perante o Estado-Juiz, desde que observadas as normas processuais e materiais²²⁵ (normas conformes), tornando as decisões sejam efetivas.

²²³ Os indícios são os números absolutos aqui apresentados e retirados do relatório Justiça em Número do Conselho Nacional de Justiça, bem como as diversas decisões judiciais trazidas ao trabalho, as quais servem de lentes para o que a autora afirma.

²²⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40.

²²⁵ Diz Gilmar Mendes: “Sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria de se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos. Da mesma forma, a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico. Nessa hipótese, o texto constitucional é explícito ao estabelecer que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV). Fica evidente, pois, que a intervenção legislativa

Destarte, a revogação ou omissão dessas normas ordinárias podem até dificultar ou impedir não apenas a concretização desse direito, mas também o direito subjetivo. Aliás, não haveria sentido prever o direito de acesso à justiça na Constituição sem normas que garantissem sua própria existência (conformação do direito de acesso à justiça).

Outros direitos fundamentais que não possuem um âmbito de proteção estritamente normativo, como o de acesso à justiça, preexistem antes de qualquer normatização, a exemplo do direito à vida, à saúde, de ir e vir, etc. Esse âmbito ou núcleo de proteção do direito de acesso à justiça ou proteção judiciária é estritamente normativo²²⁶, então, em virtude dessa característica, as normas processuais servem para dar conformidade a esse direito fundamental, com a finalidade de que seja exercido. Além disso, servem para completá-lo, densificá-lo e concretizá-lo²²⁷.

Apesar de ser necessária a existência de normas que garantam a existência e densificação do direito de acesso à justiça e, por outro lado, a vinculação e obrigação do Estado, o legislador não possui liberdade absoluta para agir da forma que quiser.

Não há um consenso em relação às causas da lentidão do Poder Judiciário²²⁸. Por esse motivo, esse é outro ponto que esta dissertação não pretende esgotar.

O uso racional do Poder Judiciário tem a finalidade de que o direito fundamental de acesso à justiça se torne, de fato, efetivo e eficiente, pois, com a diminuição no ajuizamento de ações, através da aplicação desses filtros constitucionais, as ações que realmente precisam ser ajuizadas podem ser resolvidas de forma mais célere, com a assistência e eficiência devidas.

Não é só de fora que vêm os problemas. O Judiciário também cria percalços para dificultar seu labor, o que, muitas vezes, não é percebido nessa ânsia robótica de se produzir mais e mais. Com a finalidade de alcançar as metas previstas pelo Conselho

não apenas se afigura inevitável, como também necessária. Veda-se, porém, aquela intervenção legislativa que posa afetar a proteção efetiva.” In: **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 195.

²²⁶ Nas palavras de Gilmar Mendes, “nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais.” In: *Ibid.*, p. 193.

²²⁷ *Ibid.*, p. 195.

²²⁸ Para Sadek, “O consenso sobre a lentidão na obtenção de decisões judiciais, entretanto, não resulta de diagnósticos semelhantes sobre suas causas. Em decorrência, também não há acordos sobre possíveis soluções. De forma resumida, no elenco de causas aparecem, dentre outras: **a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, a mentalidade de magistrados e dos demais operadores do direito**. Embora não tenhamos a intenção de tratar, neste artigo, de todos esses temas, faremos uma breve referência a alguns deles para exemplificar os diferentes diagnósticos e as distintas propostas”. (destaques acrescentados). In: SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio 2014, p. 61.

Nacional de Justiça ou tribunais, a repetição frenética do “mesmo de sempre” não oportuniza uma reflexão acerca da necessidade de se mudar práticas que favoreçam resultados melhores.

Algumas falhas do Poder Judiciário provocam o ajuizamento de inúmeras ações judiciais, como o deferimento da justiça gratuita sem quaisquer parâmetros comprobatórios para o pedido; o nascimento e fortalecimento do ativismo judicial; e a aceitação de ações judiciais, sem a comprovação de quaisquer provas junto à petição inicial, de tentativa de resolução do problema extrajudicialmente, antes da interposição de uma ação, ou seja, ausência da pretensão resistida, que pode ser vista como falta de prova de interesse processual. Esses casos serão demonstrados através de decisões judiciais acerca desses temas, que servem de reforço à estatística sobre a demanda judicial, demonstrando que algo está errado com essa quantidade absurda de ações que são ajuizadas na justiça brasileira.

Esses 03 (três) exemplos serão defendidos neste trabalho como defeitos no filtro de ajuizamento de ações. Dessa forma, esses problemas serão trabalhados a partir da aplicação constitucional de restrições ao acesso à justiça, do princípio da proporcionalidade em sentido amplo e da conformação do direito fundamental ao processo, procedimento e organização.

Algo está errado. O Poder Judiciário precisa reagir e mostrar para que existe constitucionalmente. A democracia brasileira precisa se fortalecer com o bom funcionamento desse Poder.

Dentro desse prisma, o reforço em relação ao uso das normas de conformação e de restrições constitucionais para o acesso à justiça, além do princípio da proporcionalidade, podem ser uma boa forma de garantir que o Poder Judiciário funcione com eficiência, pois nem todos os problemas expostos nas ações judiciais necessitam da obrigatória atuação do Poder Judiciário.

4.1 Os números do Poder Judiciário e a morosidade

É importante deixar claro que este trabalho possui uma adversidade real a ser explorada, que se chama excesso de demandas no Poder Judiciário brasileiro. Esse excesso de demandas promove a lentidão no andamento processual e a ineficiência desse Poder.

Esse é o problema. Sua identificação, nesta dissertação, será realizada através de dados estatísticos relacionados aos processos do Poder Judiciário brasileiro. Essa estatística, levantada junto ao Conselho Nacional de Justiça, não possui a quantidade de ações por assunto relacionado aos temas que serão aqui desenvolvidos²²⁹, mas já serve de parâmetro para a demonstração dessa realidade. Em decorrência disso, é importante destacar que as decisões judiciais mencionadas neste trabalho reforçam os indícios de existência da realidade aqui apontada.

Serão trabalhadas as técnicas de conformação e de restrição dos direitos fundamentais, além do limite dos limites, tudo para combater, em parte, esse excesso de demandas no Judiciário brasileiro. Para tanto, serão utilizadas três vertentes de análise que visam garantir o pleno exercício do direito fundamental de acesso à justiça: a) uma para resolver o deferimento, sem fundamento probatório da gratuidade da justiça; b) outra para evitar o ativismo judicial tão presente e comum no Judiciário brasileiro; c) e, por fim, a aplicação do interesse processual no que diz respeito à comprovação de que houve prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão em prazo desarrazoado. Atualmente, esse prévio requerimento administrativo somente é exigido em ações com 02 (dois) únicos objetos: cobrança de seguro obrigatório de danos pessoais, causados por veículos automotores de vias terrestres, o DPVAT; e nos casos de ações cujo objeto é benefício previdenciário em face do Instituto Nacional de Serviços Social (INSS), em decorrência de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Essa mudança ocorreu depois de inúmeros processos ajuizados com esses dois objetos, os quais ocupam muitas Varas e Juizados no país, sem que as partes tivessem comprovado a tentativa de obter extrajudicialmente a resolução de seus conflitos. Havia um número significativo de ações previdenciárias sem a demonstração do prévio requerimento administrativo, sendo que, ainda hoje, o INSS é o maior litigante da Justiça Federal²³⁰, de acordo com o relatório Justiça em Números. O mesmo acontecia com as ações ajuizadas em face da Seguradora Líder para se obter o DPVAT.

Sim, essas são soluções que podem resolver, parcialmente, a vicissitude do excesso de demandas ajuizadas no Poder Judiciário, pois: a) existe a necessidade de coleta de dados estatísticos sobre as demandas citadas, o que requer um novo ponto de vista

²²⁹ Nas classes e assuntos informados no Relatório da Justiça em Números não tem como se saber quantas ações existem envolvendo ativismo judicial, deferimentos de justiça gratuita sem prova e não exigência de prévio requerimento administrativo para se demonstrar o interesse processual.

²³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 180.

interpretativo; b) há a necessidade de observação, em um tempo determinado, da aplicação dessas restrições e conformação, além de saber como vão funcionar; c) existe uma demora temporal para que essas novas práticas sejam de uso geral; d) mantém-se a necessidade de serem aplicadas outras soluções para essa problemática, as quais não devem se restringir às 03 (três) resoluções aqui propostas. Exemplos de outras saídas podem ser: o costume no uso da arbitragem, mediação e conciliação como medidas extrajudiciais para a resolução de conflitos; mais nomeações de juízes e servidores, o que traz um problema orçamentário; o repensamento das questões técnicas e interpretativas envolvendo os danos morais e as *astreites*; a adoção habitual do sistema de precedentes, com a utilização do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil, e o incidente de assunção de competência (IAC), disposto no artigo 947 do Código de Processo Civil; e o bom funcionamento das agências reguladoras, além dos Poderes Legislativo e Executivo.

Nesses 03 (três) temas em que serão usadas as normas de conformação e restrição dos direitos fundamentais, além do princípio da proporcionalidade, demonstra-se que o direito fundamental de acesso à justiça não é absoluto e requer regras de organização para que seja exercido.

A lei não resolve, de forma direta e pormenorizada, os problemas enfrentados, hodiernamente, no que diz respeito à gratuidade da justiça, ativismo judicial e comprovação de que houve prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão em prazo desarrazoado (situações que deixariam de comprovar a presença do interesse processual). Em face disso, a saída seria a interpretação das leis pelos tribunais.

Esses filtros constitucionais visam permitir a diminuição do número de demandas no Poder Judiciário e são adequados para as finalidades que se quer que sejam alcançadas com isso: celeridade no trâmite processual, fazendo com que o Poder Judiciário atue de forma mais eficaz e eficiente.

A necessidade de utilização dos filtros propostos para reduzir a quantidade de demandas judiciais (em decorrência de o direito de acesso à justiça ter uma interpretação ilimitada pelo Judiciário brasileiro) é, no fundo, uma forma de proteção a esse direito fundamental, pois o amplo acesso à justiça não pode ser visto apenas sobre o prisma de ajuizamento de ações, sem que os processos tenham qualidade em seu trâmite e sem saber quando será finalizado. A demora processual é uma forma de injustiça. Os filtros aqui sugeridos, além de satisfazerem os objetivos pretendidos, sem trazerem maiores custos a todos, se tornarão costumeiros e usuais, resultando em dados positivos. Quando houver a

necessidade de se buscar o Estado-Juiz, o tempo gasto no trâmite processual terá a razoabilidade suficiente para atingir o seu fim.

A minoração do número de ações ajuizadas pretende ainda promover outros direitos fundamentais, que são pedidos nas ações, tão dignos de proteção, e que acabam não sendo exercidos por conta da eterna demora processual.

É preciso deixar claro que a utilização de filtros constitucionais, cuja finalidade seja a redução do número de demandas judiciais, não anda na contramão da garantia de acesso à justiça. Antes disso, na verdade, esse direito fundamental acaba sendo reforçado, pois não será utilizado indevidamente para todo tipo de conflito que se queira levar ao Judiciário, sem que haja a necessidade para tanto.

Os números a seguir demonstram que não basta que o direito fundamental de acesso à justiça seja formal, ele deverá ser também material para se dizer efetivo.

A explosão da litigiosidade ocorreu após a abertura democrática do país, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que ficou conhecida como Constituição cidadã, após mais de 20 (vinte) anos de Ditadura Militar²³¹.

Segundo o Relatório da Justiça em Números (que está em seu 15º ano e elenca os dados de 90 tribunais atuantes no Brasil), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, o Poder Judiciário fechou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação, sendo que 14,1 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório²³².

O Brasil, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, atualizados em tempo real, contava já no início de 2020 com uma população de, aproximadamente, 211 milhões habitantes²³³.

²³¹ Segundo André Bezerra: “Para se alcançar os escopos acima pretendidos, é preciso voltar à História para lembrar que foi após a promulgação da Constituição de 1988 que a atividade jurisdicional passou a ser procurada em massa pelos cidadãos. A ampla gama de direitos de índole democrática consagrados com o texto constitucional fez eclodir uma distância colossal entre a realidade das normas jurídicas e a realidade da vida da população, especialmente a dos mais pobres. Os cidadãos passaram, então, a enxergar o Judiciário como instrumento de encurtamento da aludida distância, abarrotando-o. Eis a origem do fenômeno da explosão da litigiosidade”. In: BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016, p. 234.

²³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

²³³ BRASIL. IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

O aumento de demandas judiciais e a ineficiência do Poder Judiciário, o qual não se mostra capaz de resolver com rapidez esse problema, causam prejuízos a todos os participantes desse processo²³⁴.

No relatório “Supremo em Ação”, de 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, consta a informação de que, no período de 2009 a 2017, tramitaram no aludido Tribunal 825.801 (oitocentos e vinte e cinco mil, oitocentos e um) processos, dos quais 781.828 (setecentos e oitenta e um mil, oitocentos e vinte e oito) foram baixados, o que equivale a 94,7%. Por outro lado, 43.973 (quarenta e três mil, novecentos e setenta e três) processos, que representa 5,3%, ainda permaneciam pendentes até o final no ano de 2017, com um total de quase 1 milhão de decisões proferidas nesse período²³⁵.

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 (onze) Ministros, conforme previsto no art. 101, da Constituição Federal de 1988, ou seja, através da lógica matemática, percebe-se que é praticamente inviável ao referido Tribunal dar razoável duração ao processo, como determina o inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federa. Além dos números elevados, muitos casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal são complexos e requerem estudos aprofundados sobre os assuntos, o que praticamente inviabiliza a celeridade desses processos.

Para todo esse trabalho no Supremo Tribunal Federal, o órgão contava, até o final de 2017, com um “exército” de 1.569 (hum mil, quinhentos e sessenta e nove) pessoas, entre eles, 11 (onze) Ministros, 19 (dezenove) Juízes Auxiliares, 115 (cento e quinze) assessores, 534 (quinhentos e trinta e quatro) servidores lotados na área judiciária, 575 (quinhentos e setenta e cinco) na área administrativa e mais de 326 (trezentos e vinte e seis) estagiários²³⁶.

Além do material humano, em 2018, o Supremo Tribunal Federal começou a implantar trabalhos com inteligência artificial. O robô Victor, desenvolvido em parceria com a Universidade de Brasília (cujo nome homenageia o Ministro Victor Nunes Leal,

²³⁴ Nas palavras de Maria Sadek: “Do ponto de vista da credibilidade da justiça, independentemente do peso relativo e da avaliação que se faça sobre cada uma dessas causas, são inegáveis os efeitos perniciosos provocados pelos meandros a serem percorridos e das etapas a serem ultrapassadas até que se chegue à porta de saída. A lentidão acaba por minar a confiança no Poder Judiciário e por provocar impactos que extrapolam o âmbito individual, atingindo a sociedade como um todo. na esfera econômica, por exemplo, o grau de litígio e o tempo até uma solução judicial afetam as empresas, o ambiente de negócios, o governo e o ritmo de desenvolvimento do país”. In: SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio 2014, p. 62.

²³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018, p. 53.

²³⁶ *Ibid.*, p. 63.

que trabalhou naquela Corte no período de 1960 a 1969), não decide, ação que faz parte da capacidade humana, mas está sendo utilizado para ajudar na organização dos trabalhos do Tribunal. Primeiramente, o robô foi programado para ler todos os recursos extraordinários interpostos e identificar quais dizem respeito a determinados temas de repercussão geral; posteriormente, ele será programado para desenvolver outras atividades organizacionais²³⁷.

É provável que esses números alarmantes de processos no Supremo Tribunal Federal pudessem diminuir se não existisse a previsão legal e regimental de inúmeros recursos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como se esse Tribunal não fosse competente para casos criminais originários, com fundamento na prerrogativa de foro, tão questionada, e derivados, por meio de recursos e *habeas corpus*.

A previsão e o uso de tantos recursos processuais no ordenamento jurídico brasileiro são um contraste à busca pela justiça rápida, indo na contramão do princípio constitucional de duração razoável dos processos.

No que diz respeito às ações penais, os réus morrem, ficam doentes, fogem, os crimes prescrevem, ou seja, a defesa pode se articular para recorrer de todas as decisões com o intuito de que o processo não transite em julgado e que o réu não seja penalizado, o que gera a impunidade por conta dessa infinidade de recursos e subidas de processos aos tribunais. A mudança em relação a isso deve vir do legislativo, através de leis (conformes) que diminuam esse número exagerado de recursos no ordenamento jurídico brasileiro.

Com tantos processos tramitando nos Tribunais, corre-se o risco de julgar sem a celeridade exigida nos casos urgentes, como os que envolvem o direito à saúde.

Outra solução que será aqui trabalhada é a aplicação de filtros jurídicos com o escopo de diminuição do número de demandas ajuizadas (e não de restrição inconstitucional ao acesso à justiça), o que deve também ser repensado pelos Tribunais do país, inclusive pelos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Quando realmente for o caso de restrição ao direito fundamental de acesso à justiça, não se poderá ultrapassar os limites do necessário (proibição do excesso) para

²³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. Brasília, 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 24 fev. 2020.

garantir que o Poder Judiciário brasileiro cumpra com os outros mandamentos constitucionais, como a norma da razoável duração dos processos judiciais.

Essas interpretações mais conformes do direito fundamental de acesso à justiça com as normas de processo, devem ser trabalhadas desde os juízos *a quo*. O intuito é que essas interpretações possam ser objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas, com o fito de que os tribunais uniformizem o direcionamento das questões de direito sobre o assunto.

De acordo com os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório do Supremo em Ação, do ano de 2017, só o Supremo Tribunal Federal proferiu 105.329 (cento e cinco mil, trezentos e vinte e nove) decisões, ou seja, um número impensável para uma Corte com tão poucos Ministros²³⁸. O problema não está relacionado apenas à celeridade em si²³⁹. Um processo deve ter a rapidez exigida para o seu trâmite e finalização, porém dentro do que é razoável para o que se está decidindo. Existem ações que envolvem direitos e provas que requerem um certo amadurecimento do julgador em relação a tudo o que está envolvido no litígio. Ademais, todo o processo judicial deve estar cercado de garantias constitucionais e legais²⁴⁰.

A solução para esse problema não pode ser resumida simplesmente em mais e mais nomeações de ministros, juízes e servidores. De fato, ainda há um *déficit* no quadro de juízes e servidores, mas, por outro lado, isso geraria maiores gastos ao Poder Público, com salário, prédios, materiais e contas, refletindo na questão orçamentária do país. No ano de 2018, gastou-se R\$ 85,1 bilhões com pessoal no Poder Judiciário brasileiro²⁴¹.

²³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 32.

²³⁹ André Bezerra alerta para a diferença entre o serviço público e as atividades empresariais e diz: “sucede que, nos debates que se dão em torno do Judiciário, é frequente que as discussões desconsiderem as origens do problema, tratando-o como uma mera questão de produtividade a ser solucionada segundo padrões privados. Olvida-se a natureza de serviço público prestado, dotado de características próprias e, de modo geral, incompatíveis com atividades empresariais.” *In*: BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016, p. 233.

²⁴⁰ Lembra Bruno de Macedo Dias que “é mais importante que sua reclamação seja respondida de forma célere, eficiente, eficaz, completa e por aquele que a própria Magna Carta elegeu como legítimo julgador do processo. Do contrário, o acesso à Justiça é ilusório, utópico.” *In*: DIAS, Bruno de Macedo. **A Constitucionalidade de Filtros ao Acesso à Justiça como Mecanismo para Assegurar o Funcionamento Sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 02.

²⁴¹ “Os gastos com recursos humanos são responsáveis por aproximadamente 91% da despesa total e compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros.” *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2018, p. 34, 65.

No estudo, realizado em 2011, de alguns indicadores do Poder Judiciário do Brasil em relação a outros países, foi constatado que, em 2008, o Brasil possuía apenas 8,3 juízes por 100 (cem) mil habitantes, sendo que a média dos países europeus, apurada na época, era de 14,5 juízes para 100 (cem) mil habitantes. Os países com as maiores médias de magistrados por habitantes eram Mônaco (64,3), San Marino (60,8), Eslovênia (53,5), Croácia (42,5), Montenegro (39,7) Luxemburgo (37,4), Sérvia (34,1), Grécia (33,3), Macedônia (32,2) e República Tcheca (29,2)²⁴².

Já os 10 (dez) países europeus com menores médias de número de juízes por 100 mil habitantes, no ano de 2008, eram Turquia (10,1), França (9,1), Malta (8,7), Irlanda do Norte (7,0), Dinamarca (6,9), Armênia (6,8), Azerbaijão (5,7), Inglaterra e Gales (3,5), Escócia (3,5) e Irlanda (3,3).

Em relação ao número de juízes por cem mil habitantes nos países da América Latina e dos Estados Unidos, no ano de 2008, a média foi de 8,1 juízes por 100 (cem) mil habitantes. O Brasil ficou um pouco acima da média, com o já apontado indicador de 8,3 juízes por 100 (cem) mil habitantes, sendo que os outros países analisados tiveram as seguintes médias: Uruguai (14,6), Colômbia (11,7), Bolívia (9,1), Estados Unidos (9,0), Peru (8,3), Venezuela (6,8), Chile (6,5) e México (3,6)²⁴³.

Em 2008, o Brasil era o oitavo país a ter menos juízes por cem mil habitantes em comparação aos países europeus, e o quinto em relação aos países da América Latina e os Estados Unidos.

O quadro muda em relação ao número de advogados. No mesmo ano, em relação aos países europeus, o Brasil era o quinto a possuir maior número de advogados em relação a 100 (cem) mil habitantes, com 330,4, ficando atrás de San Marino (463,7), Luxemburgo (352,0), Grécia (350,6) e Itália (332,1), sendo que a média europeia de advogados para 100 (cem) mil habitantes era de 168²⁴⁴.

Já em relação aos países da América Latina e Estados Unidos, o Brasil ficou em segundo lugar, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, com 371 (trezentos e setenta e um) advogados por 100 (cem) mil habitantes, sendo a média 327²⁴⁵.

A outra tabela de estatística demonstrada no estudo diz respeito à razão do número de advogados pelo número de magistrados. Em relação aos países europeus, o Brasil teve

²⁴² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011, p. 13-14.

²⁴³ *Ibid.*, p. 15.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 10-11.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 11.

a maior média, com 39,42, a Itália 32,56, Malta 25,01, Espanha 24,91, Portugal 14,46 e Dinamarca 13,88²⁴⁶.

Observa-se que o número de juízes no Brasil por 100 (cem) mil habitantes, o que correspondia a 39,42 juízes por cem mil habitantes, em 2008, era maior do que em países como Irlanda do Norte (7,0), Dinamarca (6,9), Inglaterra e Gales (3,5), Escócia (3,5) e Irlanda (3,3), tidos como desenvolvidos. Tais resultados podem não implicar (somente em razão dos números de juízes por habitantes) que o Poder Judiciário desses países sofra com os excessos de demandas judiciais e morosidade processual. O Brasil, um país continental, possui uma média bem menor de juízes do que a de outros países, como Mônaco, que era de 64,3 juízes por 100 (cem) mil habitantes, sendo que o Brasil contava apenas com 8,1.

O número de advogados também poderia não corresponder à lógica, qual seja, quanto maior o número de advogados, maior o número de processos. A média do Brasil em relação ao número de advogados por 100 (cem) mil habitantes é bem elevada, ou seja, 330,4, ficando atrás apenas de San Marino (463,7), Estados Unidos (371), Luxemburgo (352,0), Grécia (350,6) e Itália (332,1), todos países desenvolvidos. É bastante elevada também a média de advogados por magistrados no Brasil, ou seja, 39,42, a maior proporção encontrada.

Esse grande número de advogados reflete que eles precisam ganhar dinheiro para sobreviver, então, ajuízam muitas ações e de todos os tipos. Existem demandas aventureiras e temerárias, as quais requerem a aplicação da multa de litigância de má-fé, conforme previsto no artigo 142, do Código de Processo Civil. Há ainda a indústria dos danos morais e das *astreintes*, que também precisa ser combatida, desestimulada e repensada. Em relação aos danos morais, verifica-se que esse é o pedido para todos os fatos da vida, o qual vem sendo chancelado pelas decisões judiciais.

Todos esses números estatísticos demonstram que existe racionalidade no uso dos crivos jurídicos propostos nesta dissertação, pois há uma justa medida para se obter a tão sonhada razoável duração dos processos judiciais, bem como um Poder Judiciário eficiente. Esses dados revelam que o ganho será quantitativo (menos processos no Judiciário) e qualitativo (um Poder Judiciário mais eficiente e rápido), sem que isso afete, verdadeiramente, o acesso à justiça, que está sendo mal interpretado.

²⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011, p. 12-13.

A saída para esse quadro de litigiosidade galopante é bem complexa. Por isso, o primeiro passo é a investigação acerca dos fatos que levam à configuração dessa situação, estudo de causas, identificação das soluções e implementação prática das soluções.

Por isso, pensou-se ser importante o destaque às estatísticas do Poder Judiciário brasileiro, com a intenção de que seja entendido se há problemas no mencionado Poder, quais seriam esses infortúnios, os seus motivos. Após isso, é possível pensar em estratégias e soluções a serem adotadas e destinadas ao melhor uso do direito fundamental de acesso à justiça.

De modo geral, muitas demandas perante o Judiciário brasileiro resultam do péssimo funcionamento dos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo, bem como das Agências de Regulação. É bom lembrar que o Brasil é um país em desenvolvimento.

O primeiro peca pela omissão legislativa em relação a alguns temas e exagero legislativo em relação a outros. Já o Executivo é bem pior, pois deixa de cumprir leis; de trabalhar de forma eficiente as políticas públicas; não organiza e planeja de maneira adequada seu orçamento; não realiza concursos públicos para determinados cargos, deixando de buscar profissionais, que, em tese, seriam mais preparados; não fiscaliza e aplica penalidades de forma esbarrada; deixa de construir hospitais, postos de saúde e escolas; não adquire maquinário de ponta para exames e cirurgias; não investe de forma séria em pesquisas científicas; não investe em educação pública de qualidade para a sociedade, que poderia resolver muitos problemas do país, etc.

O último grito de esperança do povo, talvez, seja bater às portas do Poder Judiciário, por meio de ações judiciais. O Estado Democrático de Direito possui como um de seus princípios a inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, cujo acesso é interpretado de forma muito ilimitada pelos tribunais do país. Tais entendimentos precisam ser reanalisados pelos julgadores, pois há, sim, a necessidade de se criar filtros para uma ação adentrar no Poder Judiciário. Sem isso não há solução.

Aliás, resta claro que a doutrina fala sobre conformação dos direitos fundamentais, o que quer dizer que alguns desses direitos, como o acesso à justiça, necessitam de normas de processo, procedimento e organização, sem as quais os direitos não podem ser exercidos.

O inciso LXXVIII, do artigo 5º, foi acrescentado à Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. A norma inserida no texto constitucional através desse inciso trata do princípio constitucional da razoável duração

do processo nos âmbitos judicial e administrativo. A norma também prevê a garantia da celeridade da tramitação desses processos.

Na Constituição portuguesa, o direito a processos céleres e prioritários está previsto nos itens 4 e 5 do seu artigo 20²⁴⁷.

Com tantos processos judiciais tramitando nos tribunais brasileiros e a necessidade de observância do princípio da reserva do possível na nomeação de um quadro quase infinito em números de magistrados e servidores da justiça, não poderia se chegar a outra conclusão a não ser a do não cumprimento do princípio constitucional da razoável duração dos processos pelos tribunais, considerando questões de matemática lógica.

Em 2017, no Supremo Tribunal Federal, um processo teve, em média, uma duração de tramitação até o julgamento de 2 (dois) anos e 04 (quatro) meses²⁴⁸. Em relação aos outros tribunais, o Relatório da Justiça em Números, de 2019, do Conselho Nacional de Justiça, consta a informação de que as maiores demoras ocorrem nas Justiças Estaduais e Federais.

Em média, um processo de conhecimento, que compreende o ajuizamento da ação até a sentença, na Justiça Estadual, leva o período de 3 (três) anos e 11 (onze) meses, e o processo de execução em torno de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses. Na Justiça Federal, essas médias variam de 3 (três) anos e 11 (onze) meses e 08 (oito) anos e 01 (mês), respectivamente²⁴⁹.

Essa dilação no trâmite processual é um dos fatores negativos advindos do excesso de demandas no Judiciário, que reflete na sociedade e na economia do país.

Não é tarefa fácil formar um entendimento do que seja processo célere e quais devem ser priorizados, além de se organizar como isso deve ser executado²⁵⁰.

²⁴⁷ “Art. 20 [...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

²⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Supremo em ação 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018, p. 52.

²⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019, p. 148-158.

²⁵⁰ J. J. Gomes Canotilho faz algumas ilações sobre essa questão: “Devem-se reter-se, numa aproximação, alguns tópicos: a) preceito constitucional (art. 20º/4 constitui, desde logo, uma imposição constitucional no sentido de o legislador ordinário conformar os vários processos (penal, civil, administrativo) no sentido de assegurar por via preferente e sumária a proteção de direitos, liberdades e garantias; b) a consagração de procedimentos judiciais céleres e prioritários não significa a introdução de uma acção ou recurso de amparo especificamente dirigida à tutela de direitos, liberdades e garantias, mas de um direito constitucional de amparo de direitos a efectivar através das vias judiciais normais; c) a efectivação deste direito pressupõe uma nova formatação processual tendente a responder às exigências de celeridade e prioridade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos

J. J. Gomes Canotilho pontua que a lei poderá instituir celeridade e prioridade para a defesa de direitos, liberdades e garantias de participação política e dos trabalhadores²⁵¹, o que representa mais um caso de norma processual conforme ao direito fundamental de acesso à justiça.

Essa situação de alta demanda e acervo processual no Judiciário gera um dano social à coletividade, que necessita de soluções judiciais em um tempo razoável. Essa problemática pode ser combatida através da aplicação da técnica de conformação e restrição dos direitos fundamentais, além da aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo dentro da constitucionalidade e atendendo alguns posicionamentos já formados, os quais que precisam de força para a sua plena aplicação.

4.2 A gratuidade predatória nos casos em que não há a comprovação de hipossuficiência²⁵²

O inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, trata da assistência jurídica integral e gratuita, pelo Estado, aos que comprovarem insuficiência de recursos. A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 3º, quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e elenca, entre eles, a construção de uma sociedade justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais.

A gratuidade da justiça é uma forma de ajudar no cumprimento desses objetivos fundamentais da República brasileira, uma vez que permite ao cidadão que não possui recursos econômicos suficientes o acesso ao Poder Judiciário para a resolução de algum conflito da vida.

necessários no contencioso administrativo)”. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 506-507.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 506-507.

²⁵² O Relatório da Justiça em Números de 2019 informa os seguintes índices de processos que tiveram a gratuidade da justiça deferida: “Para obter o índice de processos que tiveram concessão de Assistência Judiciária Gratuita (AJG), calcula-se a razão entre o número de processos arquivados definitivamente com AJG dividido pelo total de feitos arquivados. São retiradas da base de cálculo as ações criminais. O percentual de casos solucionados com o benefício foi de 34% no ano de 2018. Em comparação aos demais segmentos, a Justiça Militar Estadual é a de maior percentual (Figura 54). A concessão da AJG tem crescido ao longo dos últimos 4 anos, quando o índice passou a ser calculado. O índice foi de 27% em 2015, de 32% em 2016, 33% em 2017 e de 34% em 2018, ou seja, um aumento de 6,7 pontos percentuais no período. Os tribunais TRF-1 e TJM-RS informaram possuir mais processos de AJG que o total de processos arquivados, resultando em um indicador maior que 100% e, por isso, seus valores foram retirados do gráfico”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019, p. 84.

A lei n.º 1.060, de 05 de fevereiro, de 1950, bem como os artigos 98 a 103 do Novo Código de Processo Civil, disciplinam o tema da gratuidade da justiça.

A referida lei já está em vigor há cerca de 70 (setenta) anos, com vários artigos revogados (o artigo 1.072, do Código de Processo Civil de 2015, revogou expressamente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950), e não traz, de forma clara, os requisitos necessários para o deferimento do pedido de benefício da justiça gratuita.

O Código de Processo Civil de 2015 poderia ter resolvido essa situação de omissão legislativa, mas também pecou na ausência de previsão mais detalhada sobre a matéria, deixando ao livre convencimento motivado do juiz a decisão acerca do pedido de gratuidade da justiça, caso a caso. Conforme previsto no artigo 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, o beneficiário da justiça gratuita não faz jus à isenção das custas e dos honorários advocatícios, mas a exigibilidade ficará suspensa.

Nesses termos, acredita-se que a celeuma em torno da gratuidade poderia ser resolvida por meio de uma lei mais clara e objetiva na abordagem do assunto, o que traria igualdade no tratamento das partes. Da forma como está prevista, cada juiz fundamenta de uma maneira os casos de gratuidade da justiça, gerando diversas distorções, pois cada um entende de uma forma e a jurisprudências dos tribunais em relação ao assunto é vacilante. Contudo, talvez essa verificação da gratuidade de cada situação, em caso concreto, seja uma boa alternativa: as situações são ímpares, as partes sempre podem recorrer da decisão do juiz, o que representa uma forma de garantir os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Se não fosse o direito à gratuidade da justiça, a maioria da população brasileira não teria acesso à justiça, pois não poderia pagar as despesas processuais e honorários advocatícios.

É usual a Justiça brasileira deferir o simples pedido de assistência judiciária gratuita acompanhado apenas de uma declaração de pobreza. Esse documento, muitas vezes, não condiz com a verdade sobre o declarante, e não é acompanhado de qualquer demonstração de que o peticionante faça jus ao benefício, havendo a necessidade do reforço de outras provas. Situações como essa não deveriam acontecer, pois todos possuem o dever de ética em suas atitudes, além do dever de boa-fé processual e de cooperação, previstos, respectivamente, nos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil.

Existe um abuso nos pedidos de justiça gratuita sem que haja a necessária apresentação de provas para a obtenção desse direito, além de uma facilidade nos

deferimentos desses pedidos. Estes, de fato, só deveriam ser facilitados quando plenamente comprovados, mas sem um deferimento de qualquer jeito.

O direito fundamental de acesso à justiça é protegido constitucionalmente. A gratuidade da justiça aos hipossuficientes é um direito constitucional que se apresenta como uma das formas de garantir o acesso aos tribunais, contemplando aqueles que não podem arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou/e da família. Nesse ínterim, mostra-se incompatível com o direito à gratuidade da justiça o deferimento desse direito a quem possui condições financeiras de pagar as despesas processuais, o que fere o princípio da igualdade processual.

É essa prática usual e costumeira na Justiça brasileira, o deferimento da justiça gratuita a quem não tem esse direito, que deve ser objeto de reflexão.

Pode-se utilizar uma interpretação sistemática de acordo com a norma constitucional e infraconstitucional sobre o assunto, observando a finalidade da regra, além do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, de modo que seja encontrada uma saída justa para esses requerimentos, além da igualdade entre as partes²⁵³. O acesso à justiça não fica comprometido por uma maior rigidez na averiguação do direito da gratuidade da justiça, pelo contrário, isso leva a uma maior valorização desse direito fundamental.

Com a corrida ao amplo acesso à justiça das últimas décadas, no contínuo processo de abertura democrática, o que se viu foi a construção de uma jurisprudência bastante facilitadora para a gratuidade da justiça. Basta pedir a gratuidade, sem nenhuma prova acerca dos poucos rendimentos financeiros da pessoa que ajuíza a ação, que há uma probabilidade muito grande em se conseguir o deferimento do pedido.

²⁵³ Sobre o assunto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu sobre a aplicação do princípio da igualdade relacionado ao benefício da justiça gratuita às partes da seguinte forma, conforme palavras de Robert Alexy: “de acordo com a compreensão relacionada a atos, os necessitados e os não-necessitados são tratados não de forma desigual, mas igual, já que a vantagem da assistência judiciária gratuita é recusada a ambos da mesma forma. Pode-se dizer, na esteira de uma terminologia bastante difundida, que ambos foram tratados de forma juridicamente igual. Já segundo a compreensão relacionada a consequências, necessitados e não-necessitados não são tratados de forma igual, mas desigual, já que a não-garantia da assistência judiciária gratuita impede o necessitado, mas não o não-necessitado, ‘de se utilizar de uma via judicial prevista pela lei, apenas porque não dispõe dos meios necessários para tanto’. Mais uma vez na esteira de uma terminologia bastante difundida, é possível dizer que ambos foram tratados de forma faticamente desigual. Em virtude do tratamento faticamente desigual, o Tribunal Constitucional Federal decidiu por uma violação do enunciado “os iguais devem ser tratados igualmente”, e fundamentou essa decisão exatamente no sentido mencionado acima, sustentando que não existe uma razão suficiente que justifique o tratamento (faticamente) desigual.” *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 416.

Essa discrepância no deferimento desses pedidos, sem prova da situação econômica do peticionante, facilita o ajuizamento de infinitas ações. Talvez um cidadão que tivesse que pagar ao provocar a justiça, fizesse a opção de não acessar o Poder Judiciário.

Pode ser acrescentada ainda a hipótese de acionamento da justiça por conta dessa facilidade no deferimento do pedido de gratuidade de justiça, com a intenção de prolongamento de uma solução, aproveitando-se da ajuda pela demora no trâmite processual e previsão de inúmeros recursos processuais. Essa facilidade na concessão da gratuidade a quem não possui esse direito, além de incentivar o ajuizamento de ações, não é um fator motivador para se tentar resolver o conflito extrajudicialmente.

A jurisprudência, no que diz respeito à pessoa física, facilita ao afirmar sobre a necessidade de apenas uma declaração de pobreza para o deferimento do pedido de gratuidade. Esse é um costume ainda muito usual no modo de decisão dos tribunais, apesar de o artigo 5º, LXXIV, da CF/88, dizer expressamente que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Em complemento, o artigo 98, caput, do Código de Processo Civil, preceitua que “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios, tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei” – destaques acrescentados.

Qualquer pessoa pode assinar uma declaração de pobreza sem comprovar a informação ali contida, o que contraria a ética exigida dos atores processuais. Aliás, não há notícias sobre responsabilização do uso de declarações de pobreza falsas.

O Supremo Tribunal Federal, ainda na década de noventa, passou a adotar essa compreensão²⁵⁴. No mesmo sentido, existem decisões do Superior Tribunal de Justiça antes e depois da vigência do Novo Código de Processo Civil²⁵⁵.

²⁵⁴ “A garantia do art. 5º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos –, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça” (CF, art. 5º, XXXV). (RE 205.746, Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado: 26/11/1996, 2ª Turma. Publicado em: 28/2/1997) – destaques acrescentados.

“A demonstração do estado de miserabilidade pode resultar de quaisquer outros meios probatórios idôneos, além do atestado de pobreza fornecido por autoridade policial competente”. (HC 72.328, Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado: 21/3/1995, 1ª Turma. Publicado: 11/12/2009) – destaques acrescentados.

²⁵⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 e 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INSTAURAÇÃO. FACULDADE CONFERIDA AO MAGISTRADO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEFERIMENTO. MATÉRIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. [...] 3. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, caput e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo. 4. O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. 5. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório constante dos autos, concluiu por manter o indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita do ora recorrente, circunstância que inviabiliza o exame da controvérsia em sede de recurso especial, conforme preconizado na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no AREsp 259.029/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 13/03/2013) – destaques acrescentados.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDO. AFASTADA SÚMULA 7/STJ NO CASO CONCRETO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência firmada no âmbito desta eg. Corte de Justiça delineia que o benefício da assistência judiciária pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica. 2. Não prevalece o indeferimento do pedido de justiça gratuita quando o Tribunal de origem o fizer porque o autor não acostou provas da necessidade do benefício. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. 3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no AgRg no AREsp 711.411/MT, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA. Julgado em: 08/03/2016, DJe 17/03/2016) – destaques acrescentados.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PESSOA FÍSICA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DELIBERAÇÃO. ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não se constata a alegada violação ao art. 535, I e II, do CPC, na medida em que a Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexistiu omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. 2. Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes. Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, caput e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo. 3. O dispositivo legal em apreço traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Contudo, tal presunção é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. 4. *In casu*, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório da demanda, entendeu que os documentos juntados pela parte contrária demonstram a inexistência da condição de hipossuficiência, notadamente prova de que a parte ora agravante mantém atividade empresarial que a possibilita arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento. 5. Na hipótese, a irresignação da ora agravante não trata de apenas conferir diversa qualificação jurídica aos fatos delimitados na origem e nova valoração dos critérios jurídicos

Essa compreensão vem mudando timidamente.

Antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça já vinha direcionando suas decisões para a presunção *juris tantum* da gratuidade da justiça em relação às pessoas físicas²⁵⁶. Após a vigência do Novo Código de Processo Civil, com base no artigo 99, § 2º, também são encontradas decisões no mesmo sentido, reconhecendo que a presunção de hipossuficiência da pessoa física é relativa²⁵⁷. É plenamente legítimo ao magistrado determinar a juntada dessas provas ao processo.

Na pesquisa das decisões judiciais, verifica-se que, em algumas, fixou-se a tese de que basta haver a dúvida do magistrado no que concerne à alegada hipossuficiência para que seja indeferida a gratuidade da justiça²⁵⁸. Esse caso de dúvida seria após o juiz

concernentes à utilização da prova, mas, ao revés, de realização de novo juízo valorativo que substitua o realizado pelo Tribunal a quo para o fim de formar nova convicção sobre os fatos a partir do reexame de provas, circunstância, todavia, vedada nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 6. Inviável, em sede de recurso especial, o exame da Deliberação nº 89/08 do Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por não se enquadrar tal ato no conceito de lei federal. 7. Agravo regimental a que se nega provimento”. (AgRg no AREsp 591.168/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em **23/06/2015**, DJe 03/08/2015) – destaques acrescentados.

²⁵⁶ “**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA FÍSICA. INDEFERIMENTO.** A Turma reafirmou seu entendimento de que o benefício da **justiça gratuita** pode ser pleiteado a qualquer tempo, **sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios. Contudo, tal afirmação possui presunção *juris tantum*, podendo o magistrado indeferir a assistência judiciária se não encontrar fundamentos que confirmem o estado de hipossuficiência do requerente.** Precedentes citados: AgRg no REsp 1.073.892-RS, DJe 15/12/2008, e REsp 1.052.158-SP, DJe 27/8/2008”. (AgRg n.º REsp 1.122.012-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **6/10/2009**) – destaques acrescentados.

²⁵⁷ “**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA FÍSICA E JURÍDICA. INDEFERIMENTO. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.** 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a concessão do benefício de gratuidade da justiça a pessoa jurídica somente é possível quando comprovada a precariedade de sua situação financeira, inexistindo, em seu favor, presunção de insuficiência de recursos (CPC/2015, art. 99, § 3º). 2. **Tratando-se de pessoa física, há presunção *juris tantum* de que quem pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Tal presunção, contudo, é relativa, podendo o magistrado indeferir o pedido de justiça gratuita se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. Precedentes.** 3. No caso, as instâncias ordinárias, examinando a situação patrimonial e financeira dos recorrentes, concluíram haver elementos suficientes para afastar a declaração de hipossuficiência, indeferindo, por isso, o benefício da justiça gratuita. Nesse contexto, a alteração das premissas fáticas adotadas no acórdão recorrido demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via estreita do recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Agravo interno a que se nega provimento”. (AgInt no AREsp 1458322/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em **05/09/2019**, DJe 25/09/2019) – destaques acrescentados.

²⁵⁸ “**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA FÍSICA. ACÓRDÃO AFIRMA QUE EXISTE DÚVIDA SOBRE A ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.** 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o magistrado pode indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita verificando elementos que infirmem a hipossuficiência da parte requerente, e que demonstrem ter ela condições de arcar com as custas do processo. Precedentes. 2. As instâncias ordinárias, com base no conjunto probatório dos autos, e analisando as peculiaridades

intimar o requerente para a juntada de provas sobre a sua insuficiência de recursos, conforme determina o art. 99, § 2º, do CPC.

Existem acórdãos que geram questionamentos acerca de quem deve demonstrar a capacidade financeira ou ausência dela, ou seja, a quem compete o ônus processual.

Há decisões que fundamentam que o Estado-Juiz não pode indeferir o pedido de gratuidade da justiça em face do requerente ter juntado apenas a declaração de pobreza no processo, ou seja, isso já bastaria para que o pedido fosse deferido²⁵⁹, de acordo com o que determina o art. 99, §3º, do CPC. Contudo, neste trabalho, defende-se que essa declaração deve vir acompanhada de provas de pobreza declarada, com fulcro no §2º, do mesmo artigo, com a finalidade de que o juiz possa melhor apreciar a necessidade de deferimento desse benefício, pois o que a parte declarante entende por pobreza talvez não seja o mesmo que o juiz, dentro do critério do homem médio.

do caso concreto, concluíram pela ausência de comprovação da alegada hipossuficiência econômica da parte agravante. A alteração dessa premissa demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento”. (AgInt no AREsp 1444702/RN, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em: 11/06/2019. Publicado em: 28/06/2019) – destaques acrescentados.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO.** REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. “**O benefício da assistência judiciária gratuita pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente que a pessoa física declare não ter condições de arcar com as despesas processuais. Entretanto, tal presunção é relativa (art. 99, § 3º, do CPC/2015), podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do alegado estado de hipossuficiência ou o julgador indeferir o pedido se encontrar elementos que coloquem em dúvida a condição financeira do peticionário**” (AgInt no AREsp 1311620/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/12/2018, DJe 14/12/2018). 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. **No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu haver nos autos evidência de que a agravante possui condições de arcar com as despesas do processo, não se tendo provado o contrário.** Alterar esse entendimento demandaria reexame das provas produzidas nos autos, vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento”. (AgInt no AREsp 1387536/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/04/2019, DJe 16/04/2019) – destaques acrescentados.

²⁵⁹ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DEFERIDO. AFASTADA SÚMULA 7/STJ NO CASO CONCRETO.** RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência firmada no âmbito desta eg. Corte de Justiça delineia que o benefício da assistência judiciária pode ser indeferido quando o magistrado se convencer, com base nos elementos acostados aos autos, de que não se trata de hipótese de miserabilidade jurídica. 2. Não prevalece o indeferimento do pedido de justiça gratuita quando o Tribunal de origem o fizer porque o autor não acostou provas da necessidade do benefício. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção juris tantum de que a pessoa física que pleiteia o benefício não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem nenhuma comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. 3. Agravo regimental não provido”. (AgRg no AgRg no AREsp 711.411/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em **08/03/2016**, DJe 17/03/2016) – destaques acrescentados.

Em outro acórdão, o Tribunal reconheceu que o Estado-Juiz poderia solicitar a juntada das provas para que o interessado comprovasse que não possuía condições financeiras para arcar com o benefício da justiça gratuita²⁶⁰.

Em uma decisão diversa, existe o reconhecimento de que compete à parte contrária comprovar que o peticionante da assistência jurídica gratuita não faz jus ao citado benefício²⁶¹.

²⁶⁰ “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **IMPUGNAÇÃO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA.** AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos. 2. **“Consoante entendimento da Eg. Corte Especial a justiça gratuita pode ser deferida à pessoa física mediante sua simples declaração de hipossuficiência, cabendo à parte contrária impugnar tal pedido. Não obstante, o Juiz da causa, em face das provas existentes nos autos, ou mesmo das que, por sua iniciativa, forem coletadas, pode indeferir o benefício, situação em que não há como rever sua decisão em recurso especial, a teor da Súmula n.º 07 desta Corte”** (AgRg nos EREsp 1.232.028/RO, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, DJe 13.9.2012). 3. **No caso, o Tribunal de origem, com base nas provas coligidas aos autos, concluiu pela inexistência de elementos que pudessem afastar o benefício da justiça gratuita.** Alterar tal conclusão demandaria o reexame de fatos e provas, inviável em recurso especial, a teor do disposto na mencionada súmula. 4. Agravo regimental a que nega provimento”. (AgRg no AREsp 448.079/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em **27/05/2014**, DJe 04/06/2014) - destaques acrescentados.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. REVISÃO PELA SEGUNDA INSTÂNCIA DE BENEFÍCIO CONCEDIDO NO PRIMEIRO GRAU. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO DE ACORDO COM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. SÚMULA 168/STJ. 1. **“Consoante entendimento da Eg. Corte Especial a justiça gratuita pode ser deferida à pessoa física mediante sua simples declaração de hipossuficiência, cabendo à parte contrária impugnar tal pedido. Não obstante, o Juiz da causa, em face das provas existentes nos autos, ou mesmo das que, por sua iniciativa, forem coletadas, pode indeferir o benefício, situação em que não há como rever sua decisão em recurso especial, a teor da Súmula n.º 07 desta Corte”** (AgRg nos EREsp 1.232.028/RO, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 13.9.2012). No mesmo sentido: AgRg nos EREsp 1.229.798/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 1º.2.2012. 2. Incide, no ponto, a Súmula 168/STJ: “Não cabem Embargos de Divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. 3. Agravo Regimental não provido”. (AgRg nos EAREsp 395.857/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em **13/03/2014**, DJe 21/03/2014) - destaques acrescentados.

²⁶¹ “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **Em observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, é plenamente cabível a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita às partes.** Disciplinando a matéria, a Lei 1.060/50, recepcionada pela nova ordem constitucional, em seu art. 1º, caput e § 1º, prevê que o referido benefício pode ser pleiteado a qualquer tempo, sendo suficiente para sua obtenção que a pessoa física afirme não ter condição de arcar com as despesas do processo. **Tal presunção, entretanto, é relativa, podendo a parte contrária demonstrar a inexistência do estado de miserabilidade ou o magistrado indeferir o pedido de assistência se encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente.** 2. *In casu*, o Tribunal local, mediante exame do acervo fático-probatório dos autos, entendeu pela inexistência da condição de hipossuficiência da parte, mormente porque as declarações de Imposto de Renda acostadas demonstram a capacidade financeira. 3. Infirmar as conclusões do julgado demandaria o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que encontra vedação na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo interno a que se nega provimento”. (AgInt no AREsp 1116828/SP, Rel. Ministro

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece que não há presunção de hipossuficiência nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública²⁶², o que poderia ser uma incongruência, pois a Defensoria Pública é uma instituição voltada à defesa daqueles que não possuem condições econômicas de arcarem com as despesas processuais, sem prejuízo próprio e/ou de sua família. Contudo, nos casos em que a Defensoria Pública é nomeada como curadora à lide pelo fato da parte requerida não ter apresentado contestação após a sua citação por edital, poderia se pensar que não há presunção de hipossuficiência nessas causas em que referida Instituição faz a defesa após nomeada.

Além disso, o citado Tribunal afasta a utilização de critérios exclusivamente objetivos para o deferimento do benefício aqui discutido, reconhecendo que deve ser averiguada a avaliação real da possibilidade econômica de a parte requerente suportar as despesas processuais, de acordo com o julgado no REsp 1846232/RJ²⁶³.

Pela descrição dessas decisões, resta claro que a jurisprudência pátria não possui um entendimento pacífico acerca desse tema. Há bastante divergência, o que afasta a segurança jurídica.

No que diz respeito ao benefício da justiça gratuita relacionado à pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos, o Superior Tribunal de Justiça possui súmula sobre a questão. Diz a Súmula 481²⁶⁴: “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Diferentemente da jurisprudência relacionada à pessoa física, em relação à pessoa jurídica de direito privado, com ou sem fins lucrativos, a jurisprudência no Superior

LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em **14/11/2017**, DJe 20/11/2017) - destaques acrescentados.

²⁶² “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **PREPARO. AUSÊNCIA. CURADORIA ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO LEGAL. DESERÇÃO.** 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de considerar essencial à comprovação do preparo a juntada da guia de recolhimento com o respectivo comprovante de pagamento no ato da interposição do especial, sob pena de deserção. 2. Esta Corte entende que o custeio da causa pela Defensoria Pública não expressa a automática concessão dos benefícios da justiça gratuita, devendo ser observadas as condições necessárias para a obtenção de seus efeitos previstas em lei. 3. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp 1655686/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em **22/08/2017**, DJe 06/09/2017) – destaques acrescentados.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 1846232/RJ**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em: 05/12/2019. Publicado em: 19/12/2019.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 481**. Corte Especial. Julgado em 28/06/2012. Público em: 01 ago. 2012.

Tribunal de Justiça²⁶⁵ requer a comprovação da ausência de condições financeiras para arcar com as despesas processuais, o que será averiguado pelo órgão julgador, com base nos princípios da livre apreciação da prova e no livre convencimento motivado, à luz do contexto fático-probatório constante no processo²⁶⁶. Conforme defendido neste trabalho, esse é o procedimento que também deve ocorrer em relação à pessoa física.

O Superior Tribunal de Justiça tem um posicionamento mais rígido em relação à concessão de justiça gratuita para a pessoa jurídica do que para a pessoa física. Como exemplo, foi encontrado na pesquisa um caso de indeferimento da justiça gratuita para pessoa jurídica, cujo pedido se baseou em extratos bancários. A justificativa corresponde ao fato de que a juntada ao processo de extratos bancários não comprova, necessariamente, a insuficiência de recursos²⁶⁷.

²⁶⁵ Será utilizada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelo fato de o Supremo Tribunal Federal entender que o tema “benefício da gratuidade da justiça” é matéria infraconstitucional e não pode ser tratado nesse Tribunal.

²⁶⁶ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. In: BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 fev. 2020.

²⁶⁷ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. MODIFICAÇÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I - Na origem, trata-se de ação rescisória objetivando o reconhecimento da existência de erro de fato no acórdão rescindendo, bem como que seja deferido o benefício da justiça gratuita. O relator da ação indeferiu o pedido do benefício da justiça gratuita e, interposto agravo interno, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou provimento ao recurso. Nesta Corte, não se conheceu do recurso especial. II - Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o benefício da justiça gratuita desafia a demonstração da impossibilidade de pagar as custas e despesas do processo. III - Na espécie, a autora foi intimada a regularizar o valor da causa e recolher a diferença de valor relativo ao depósito para ajuizamento da ação rescisória (art. 968, II, CPC/2015). O valor foi retificado para R\$ 49.444.636,11 (quarenta e nove milhões, quatrocentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e trinta e seis reais e onze centavos), tendo sido alegado, contudo, que a complementação do depósito, no montante de R\$ 923.815,77 (novecentos e vinte e três mil, oitocentos e quinze reais e setenta e sete centavos), seria manifestamente inviável, diante de dificuldades financeiras por que passa a empresa. IV - O Tribunal de origem indeferiu o benefício, diante da análise do acervo probatório. Entendeu que não foi possível aferir a condição financeira e a movimentação no fluxo de caixa da empresa pelos extratos bancários apresentados. Ademais, apontou que o balanço patrimonial no período em apreço indicou vultoso resultado positivo, além de ter sido apontada a ocorrência de relevantes empréstimos financeiros concedidos em favor das controladas e coligadas. V - Assim, manteve o indeferimento do benefício da gratuidade judiciária, conforme se verifica do seguinte trecho do acórdão recorrido: “[...] De fato, não é possível aferir a hipossuficiência econômica por meio de simples extratos bancários, pois tais documentos indicam apenas a situação da conta bancária em determinado momento, o que não reflete a situação financeira no período, considerando-se o movimentado fluxo de caixa da empresa, com lançamentos de diversos créditos e débitos. Por sua vez, o balanço do período encerrado em 31/12/2016 revela resultado financeiro positivo vultoso, e o balancete de outubro/2017 demonstra que, embora a empresa obtenha resultados em valores elevados, estes não são mantidos em conta corrente por longo período de tempo, sendo imediatamente convertidos em outros ativos, além de existirem outros valores elevados imediatamente recuperáveis. [...] Cumpre concluir, no ponto, que se a autora dispõe de

O mencionado Tribunal tem a compreensão de que não é caso de deferimento de justiça gratuita o simples fato de a empresa se encontrar em processo de recuperação judicial, liquidação extrajudicial e falência, pois, ainda assim, deverá ser comprovado que não possui, de fato, condições econômicas para arcar com as despesas processuais²⁶⁸.

vultosas quantias em favor de controladas e coligadas, a título de empréstimos efetuados, não cabe, nesta oportunidade, valer-se da alegação fundada em hipossuficiência econômica para eximir-se do recolhimento das despesas processuais, já que voluntariamente cedeu parte do seu ativo disponível, revelando-se, portanto, descabida, por imperativo lógico, a concessão do benefício legal. Desta forma, não se verificam requisitos para a concessão da gratuidade da Justiça." VI - Lado outro, implicaria o revolvimento de fatos aferir a alegada ausência de ativos empresariais com liquidez ou possibilidade de obtenção de linha de crédito. Dessa forma, para interpretar o dispositivo legal indicado como violado, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese o Enunciado Sumular n. 7/STJ. A propósito: AgRg no AREsp n. 647.312/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 28/9/2015 e AgRg no AREsp n. 41.241/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011. VII - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados. VIII - Agravo interno improvido" - destaques acrescentados. (AgInt no AREsp 1457715/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 11/12/2019).

²⁶⁸ "TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **GRATUIDADE DE JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE PROVA. INSUFICIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRECEDENTE: RESP 1.185.828/RS** DE RELATORIA DO MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA CORTE ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE DESPROVIDO. 1. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos EREsp. 1.185.828/RS, de relatoria do Ministro CESAR ASFOR ROCHA, pacificou o entendimento de que **é possível o benefício da justiça gratuita em favor de pessoa jurídica de Direito Privado, com ou sem fins lucrativos, desde que comprove o estado de miserabilidade, não bastando a simples declaração de pobreza**. 2. O Tribunal de origem consignou que a parte agravante comparece em juízo através de advogado constituído, demonstra capital e movimentações vultosas e somente carreu aos autos Demonstração de Resultados referentes aos anos de 2008 e 2009. Os dados carreados aos autos pela agravante são insuficientes para dar embasamento à concessão da pretendida gratuidade (fls. 190). Reexaminar essa questão probatória é medida inviável no âmbito do Recurso Especial, por implicar não somente a revalorização dos fatos, mas a sua própria configuração. 3. O processamento da recuperação judicial, por si só, não importa reconhecimento da necessária hipossuficiência para fins de concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica (AgInt no AREsp. 1.218.648/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 26.6.2018). 4. Agravo Interno da Contribuinte desprovido". (AgInt nos EDcl no AREsp 1150183/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2019, DJe 28/11/2019) – destaques acrescentados.

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. **NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO. SEGURADORA. COMPOSIÇÃO DA RESISTÊNCIA. HONORÁRIOS. MANUTENÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS. RELAÇÃO CONTRATUAL. TERMO INICIAL. CITAÇÃO**. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. **Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte**. 3. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o fato de haver a decretação da liquidação extrajudicial ou falência não remete por si só ao reconhecimento da necessidade para fins de concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica**. 4. Inadmissível, na estreita via do recurso especial, a alteração das conclusões das instâncias de cognição plena que demandem o reexame do acervo fático-probatório dos autos, a teor da Súmula nº 7/STJ. 5. É devida a correção monetária no regime de liquidação extrajudicial. 6. Agravo interno não provido". (AgInt no AREsp 1323108/ES, Rel.

Esse movimento de facilidade no deferimento da gratuidade da assistência jurídica, sem a correta averiguação das provas relacionadas à hipossuficiência, é uma das causas da imensa demanda de processos hodiernos no Poder Judiciário²⁶⁹.

Se o cidadão que não vai pagar as despesas processuais não tem nada a perder economicamente para litigar, ele vai acionar o Poder Judiciário, já que pode ganhar alguma coisa, como o tempo, para cumprir com as suas obrigações. Com esse raciocínio, muitas ações temerárias, irresponsáveis, aventureiras, protelatórias são ajuizadas. Ademais, alguns conflitos poderiam ser resolvidos através de medidas administrativas.

Esse cenário configura um verdadeiro abuso ao direito de ação, que só traz consequências desastrosas ao Poder Judiciário e ao próprio jurisdicionado, que necessita de decisões rápidas desse Poder.

É necessária a revisão dessa jurisprudência, pois ela não tem mais razão de ser. Com a tecnologia do mundo de hoje e a maior facilidade de acesso às provas acerca da hipossuficiência, não se sustenta a requisição da gratuidade da justiça apenas com uma declaração de pobreza, sem outras provas.

A concessão imoderada e facilitada do benefício da gratuidade da justiça a quem pode arcar com as despesas processuais, sob a simples alegação de garantia do pleno acesso à justiça, deturpa o fim último desse benefício, que foi criado com a finalidade de propiciar o ajuizamento de ações ou defesas por aqueles que não podem pagar as despesas processuais e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família. Além disso, as decisões que não exigem prova sobre a falta de recursos para o deferimento do benefício da gratuidade contrariam a Constituição Federal e as normas de conformação infraconstitucionais, que dizem que o requerente deve comprovar a ausência de recursos para não pagar as despesas processuais.

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2019, DJe 14/06/2019) – destaques acrescentados.

²⁶⁹ Sobre o assunto, Clara Alves discorre: “O acesso à justiça deve ser visto de forma ampla dentro de uma política de distribuição de renda, não devendo significar o estrito acesso formal ao Poder Judiciário. No Brasil de hoje, sob a perspectiva econômica, não há nenhum desincentivo à litigiosidade. Muito pelo contrário. Somente na Justiça Federal 60% dos litigantes nada paga aos cofres públicos. O novo Código de Processo Civil não enfrenta essa realidade e mantém a gratuidade de justiça como regra, sem refletir, ainda que minimamente, o efetivo escalonamento de renda visto na sociedade. E, no que toca aos Juizados, acabou-se por sobrecarregar o sistema com um nível de demanda que não consegue ser rapidamente equacionado como seria necessário”. In: ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? In: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Brasília: Enfam, 2016, p. 135-136.

Acrescente-se que a concessão imoderada do benefício da justiça gratuita conflita também com a reserva do possível. Se faltam verbas para serem aplicadas, no intuito de garantir o pleno funcionamento do Poder Judiciário, não há razoabilidade em conceder a todos os acobertados de uma simples declaração de pobreza, sem sua comprovação concreta, esse benefício, criado para garantir àqueles desprovidos de condições financeiras, possam reivindicar seus direitos junto ao Estado-Juiz. Isso afeta toda a sociedade, que paga os custos desse serviço. Os recursos do Poder Judiciário possuem limites para garantirem a efetividade de suas atividades.

A concessão da gratuidade da justiça, sem a prova da situação econômica do requerente, conflita com a realidade da limitação de recursos orçamentários, pois a justiça tem um custo; causa prejuízos financeiros ao advogado da parte vencedora, que deixa de auferir os honorários da parte sucumbente, a qual teria condições de pagá-los; deturpa a real finalidade do direito à justiça gratuita, o que gera prejuízos para toda a sociedade, pois multiplica o número de ações.

O sistema judicial é custoso e necessita de recursos para se manter, se modernizar e se tornar mais efetivo, com mais investimentos necessários para tanto. Logo, é inapropriada a concessão de gratuidade da justiça para quem se utiliza dos serviços provenientes do Poder Judiciário e pode pagar por eles.

Há, portanto, algumas inconsistências em relação ao deferimento da justiça gratuita sem a comprovação de que a parte possui direito a tal benefício: 1) tal entendimento está na contramão da reserva do possível, pois cria despesas para o Poder Judiciário e para a sociedade em geral, que paga esses custos com os tributos recolhidos pelo Estado; 2) incentiva o ajuizamento de demandas protelatórias, aventureiras, temerárias, promovendo a morosidade das atividades do Poder Judiciário e contrariando o princípio constitucional da razoável duração dos processos; 3) desvirtua a finalidade de sua criação, beneficiando aquele que possui plena condição econômica de arcar com as despesas processuais; 4) cria um falso fundamento de garantia de acesso à justiça, pois o benefício constitucional da gratuidade da justiça deve ser direcionado àqueles que não possuem condições financeiras para demandar junto ao Poder Judiciário; aqueles que possuem condições econômicas para tanto devem suportar os custos dos serviços judiciais.

A universalidade do direito fundamental de acesso à justiça, bem como o de sua gratuidade, não significa que esse direito deve ser garantido de qualquer forma, pois

existem limitações e conformações em relação a ele. De modo geral, os direitos fundamentais para serem exercidos devem seguir determinadas regras.

O Poder Judiciário, ao conceder a gratuidade da justiça sem qualquer necessidade de prova para a sua concessão, presta um desserviço para o próprio Poder, desprestigiando-o ainda mais. A referida concessão é uma das causas da crise de litigiosidade no Brasil, já que se não havendo um custo para se ajuizar uma ação judicial, não existem barreiras maiores para o não ajuizamento²⁷⁰, o que cria uma desigualdade substancial entre as partes que litigam.

Acionar o Poder Judiciário requer a eficiência e efetividade desse Poder em todo o trâmite processual, e não apenas ter como garantia o direito de se ajuizar uma ação. A ausência de critérios objetivos e razoáveis no acionamento da jurisdição, bem como a jurisprudência vacilante relacionada ao benefício da justiça gratuita, faz com que o Poder Judiciário tenha a sua distribuição e o seu acervo processual²⁷¹ multiplicados, como ocorre atualmente, impossibilitando que o jurisdicionado seja atendido de forma célere, com a eficiência e efetividade esperadas.

Pelas decisões acima colacionadas, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça é mais rígido com a análise da fundamentação do pedido de gratuidade da pessoa jurídica de direito privado do que com a pessoa física, onde é vacilante. Reconhece que a presunção da pobreza para pagar as despesas processuais é relativa, porém, uma hora diz que basta a juntada da declaração de pobreza para a concessão do benefício (AgRg no AgRg no AREsp 711.411/MT) e, em outro momento, afirma que a parte contrária pode impugnar o pedido, levando ao processo provas que confirmem o contrário em relação à pobreza (AgInt no AREsp 1116828/SP). Há ainda um terceiro entendimento, no sentido de que o magistrado pode determinar a juntada da prova em relação à pobreza (AgRg no AREsp 448.079/SP).

Como já dito, essa jurisprudência vacilante traz uma insegurança jurídica.

²⁷⁰ Pondera Maria Sadek: “A porta de entrada, tal como tem se apresentado, constitui-se em um incentivo generoso ao ingresso de certo tipo de demandante e, em consequência, afasta milhares de outros. Essa constatação, por si só, indica a necessidade de adoção de instrumentos que sinalizem que não será sem custos o ingresso do litigante oportunista, do litigante de má-fé, daquele que sabe tirar vantagens tanto da facilidade do ingresso como, sobretudo, dos meandros internos, que levam à morosidade”. In: SADEK, Maria Teresa Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, 2014, p. 64.

²⁷¹ A Nota Técnica n.º 22/2019 do Centro de Inteligência da Justiça Federal, emitida em 31 de maio de 2019, também chega a esse entendimento. In: FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. **Nota Técnica n.º 22, de 31 de maio de 2019**. Centro de Inteligência da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019, p. 03, 23.

É plenamente legítimo que a parte contrária apresente impugnação em face do pedido de justiça gratuita, porém, nem sempre ela possui plenas condições de obter informações acerca da real situação financeira da parte peticionante do benefício.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 99 do Código de Processo Civil²⁷² devem ser interpretados sistematicamente. A alegação de insuficiência da pessoa física é presumida como verdadeira, porém deve ser acompanhada das provas para a concessão da gratuidade, conforme o aludido § 2º.

O inciso LXXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, preceitua que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, o que é corroborado pelo artigo 98, do Novo Código de Processo Civil de 2015, que afirma essa regra constitucional ao estabelecer que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

A regra prevista no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, estabelece uma restrição ao direito de concessão da gratuita da justiça: somente as pessoas com insuficiência de recursos terão esse direito, o qual precisa ser comprovado. Gilmar Mendes ensina que quando os direitos fundamentais são limitados por expressa disposição constitucional, a restrição é chamada de imediata²⁷³; já J. J. Gomes Canotilho chama essas restrições de constitucionais diretas²⁷⁴.

O que se presume daí é que há uma restrição constitucional ao direito de assistência gratuita da justiça, o que não garante o acesso à justiça, com gratuidade, de todos, mas somente daqueles que comprovem a insuficiência de recursos. No entanto, a regra constitucional necessita de procedimento para efetivar a referida restrição. O Código de Processo Civil repete essa restrição constitucional, mas possui outras regras de processo, procedimento e organização relacionados à gratuidade da justiça.

É difícil diferenciar se uma norma é restritiva ou conformativa. A Constituição Federal garante, diretamente, o acesso à justiça através da gratuidade da justiça àqueles

²⁷² Descrevem os citados parágrafos: “Art. 99 [...] § 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos. § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

²⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 220.

²⁷⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 450.

que comprovem insuficiência de recursos, o que denota a existência da indispensabilidade de normas que regularizem o assunto.

Assim, os artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil são normas ordinárias que tratam de conferir conformidade ao direito à gratuidade da justiça.

Faz-se primordial a unificação em relação ao entendimento dos tribunais acerca da gratuidade da justiça. A finalidade dessa unificação é trazer segurança jurídica²⁷⁵, de modo que essa garantia seja deferida apenas quando, de fato, houver provas no processo de que a parte possui recursos insuficientes e que comprometam o sustento próprio e/ou de sua família ao suportar as despesas processuais. O deferimento da gratuidade da justiça a qualquer pessoa que a requeira, desacompanhada de provas para tanto, viola o princípio da proibição do excesso²⁷⁶.

A Constituição Federal restringe, em sua norma, quem terá direito à gratuidade, mas essas normas necessitam de outras regras mais detalhadas sobre o assunto, as quais deverão ser feitas através de lei, conforme o artigo 98 do Código de Processo Civil.

Com a finalidade de auxiliar o juiz, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui um sistema de *Business Intelligence*, que acompanha a concessão dos pedidos de benefícios de gratuidade e os impactos gerados em todo o Estado. Por meio das informações geradas acerca da economia em várias partes do Estado, o magistrado terá elementos mínimos para a análise dos pedidos de gratuidade²⁷⁷.

A lei n.º 1.060/50, ainda em vigor em relação a alguns artigos, não disciplina de forma detalhada o benefício da gratuidade da justiça, assim como o Código de Processo Civil não o faz. Porém, tanto o referido Código quanto a Constituição Federal estipulam que só quem terá direito à gratuidade será aquele que não tiver recursos financeiros suficientes para pagar as despesas processuais.

²⁷⁵ A Nota Técnica 22/2019 do Centro de Inteligência da Justiça Federal conclui sobre esse assunto que “quanto à necessidade ou não da comprovação da condição de insuficiência, também não há uniformidade nos julgados, mas se pode identificar a tendência de aplicação mais literal do comando do novo CPC, que faz nascer diretamente da declaração de insuficiência econômica uma presunção do quanto é declarado, recaindo o ônus da prova sobre a parte adversa.”. In: FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. **Nota Técnica n.º 22, de 31 de maior de 2019**. Centro de Inteligência da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019, p. 18.

²⁷⁶ J. J. Gomes Canotilho bem explica esse princípio: “O princípio da proibição do excesso, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 457.

²⁷⁷ FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. *Op. cit.* Centro de Inteligência da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019, p. 19.

O que foi visto acima, a partir da explanação de inúmeras decisões dos tribunais brasileiros, é que a jurisprudência em relação ao deferimento do pedido de gratuidade da justiça é vacilante e muito branda. O juiz deve verificar, caso a caso, o pedido relacionado à gratuidade da justiça²⁷⁸ e analisar as provas de acordo com o § 2º, do artigo 99, do Código de Processo Civil. Caso haja dúvida sobre o pedido, a referida regra determina que a parte deve ser intimada para demonstrar o preenchimento dos pressupostos do direito requerido.

O deferimento de qualquer pedido de gratuidade, sem que haja provas para tanto, lesa a igualdade processual e os cofres públicos, pois, nesse caso, deve ainda ser obedecido o princípio da reserva do possível. Explica-se: se todo pedido de gratuidade for deferido, sem a devida averiguação, haverá um reforço do mau funcionamento do Poder Judiciário, que depende de verbas públicas e orçamento para se manter e melhorar cada vez mais, incluindo a contratação de pessoal necessário aos serviços da justiça e recursos tecnológicos, os quais garantem maior eficiência às atividades judiciais.

A lei ordinária não detalha bem os casos de deferimento da justiça e dá um grande espaço às interpretações dos tribunais²⁷⁹. Contudo, o que não pode é o Estado-Juiz não decidir o pedido de gratuidade com base em provas.

Talvez a lei não necessite mesmo ser mais detalhada sobre o assunto para se tornar apta a atingir o objetivo requerido, nem que o juiz seja muito rígido em suas exigências. Basta que a prova induza ao entendimento fundamentado do magistrado. Por exemplo, se

²⁷⁸ O Superior Tribunal de Justiça assim entende, conforme decisão a seguir transcrita: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **O PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA DEVE SER ANALISADO COM BASE NOS ELEMENTOS CONCRETOS EXISTENTES NOS AUTOS. NÃO É POSSÍVEL A FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS ALEATÓRIOS, NÃO PREVISTOS EM LEI.** AGRAVO REGIMENTAL DOS SERVIDORES A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não encontra amparo legal o critério adotado pelo Tribunal de origem para a concessão da gratuidade judiciária, qual seja, a renda mensal inferior a 10 salários mínimos. Precedentes: AgInt no AgInt no AREsp. 868.772/SP, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 26.9.2016; EDcl no AgRg no AREsp. 753.672/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 29.3.2016; AgRg no REsp. 1.403.613/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 6.12.2013. 2. Nestes termos, impõe-se o retorno dos autos à origem para a apreciação do pedido de assistência judiciária gratuita, com base nos elementos concretos existentes nos autos. 3. Agravo Regimental dos Servidores a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AgRg no REsp: 1402867 RS 2013/0302256-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 27/02/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2018) – destaques acrescentados.

²⁷⁹ Isso é muito bem explicado na Nota Técnica n.º 22/2019 do Centro de Inteligência da Justiça Federal em diversas passagens. Há inclusive a citação de diversas jurisprudências acerca dos tetos utilizados pelos tribunais para aferirem a possibilidade de concessão da gratuidade da justiça. In: FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. **Nota Técnica n.º 22, de 31 de maior de 2019.** Centro de Inteligência da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

a parte requerente comprovar que é servidora de um cargo que seja público e notório não receber uma grande remuneração para exercê-lo, comprovar que não possui patrimônios com a petição e os documentos que já foram juntados ao processo, isso poderia bastar para o livre convencimento fundamentado do juiz sobre o fim do deferimento do pedido de gratuidade.

É necessária a ideia de unificação do entendimento dos tribunais para adequação à norma constitucional de restrição relacionada à gratuidade, pois, conforme já exposto, ela é vacilante, gerando desigualdade entre as partes.

A interpretação dos tribunais, no sentido aqui defendido, seria um meio adequado para se alcançar o objetivo pretendido, em particular, nesse momento de omissão legislativa sobre o assunto ou de jurisprudência vacilante acerca do tema. Contudo, existem situações peculiares em cada caso concreto, por isso, faz-se necessária a interpretação do juiz em cada caso. A concessão ou não da gratuidade da justiça deve ser averiguada através de provas, que não precisam ser complexas, mas que devem ser exigidas.

Se através da interpretação unificada dos tribunais não se chegar a um denominador comum acerca desse assunto, a gratuidade da justiça continuará a ser realizada sem parâmetros interpretativos claros, o que gera uma situação de desigualdade entre as partes. Cada juiz interpreta de uma forma, muitos nem exigem provas desse direito, sendo esse o caminho menos gravoso e mais eficaz para conseguir o objetivo pretendido, com critérios técnicos jurídicos.

Portanto, se não há lei ordinária detalhando de forma mais específica quem pode ser considerado hipossuficiente para ter direito à gratuidade da justiça, essa restrição ao acesso à justiça de forma gratuita àqueles que podem pagar, deve ser elaborada através de uma construção jurídica interpretativa, com base no princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade será utilizado para demonstrar a necessidade da aferição da prova para o deferimento da justiça gratuita (devido processo legal, conforme o art. 99, §2º, do CPC), diminuindo, assim, o número de ações judiciais. Nesse sentido, algumas pessoas poderiam resolver determinadas situações de forma amigável e extrajudicial se tivessem que pagar as despesas processuais. Tal fato demonstra que o acesso à justiça nesses casos deve ceder à busca da igualdade processual e reserva do possível. Além do mais, o próprio direito fundamental de acesso à justiça manterá resguardado o seu âmbito de proteção, além de reforçar a efetividade e eficiência do Poder Judiciário.

O princípio da proporcionalidade é composto por 03 (três) subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Pergunta-se: a justiça gratuita deve ser garantida a todos que a requerem?

Há uma colisão entre o acesso à justiça, através da gratuidade, e o devido processo legal, com abrangência ao contraditório e à ampla defesa.

Através da técnica do princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, será trabalhada a interpretação constitucionalmente adequada do Código de Processo Civil e lei n.º 1.060/50. Pela adequação, entende-se que “as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos²⁸⁰”.

A cobrança de provas pelo Juízo no que diz respeito a tal benefício é plenamente adequada pela própria previsão constitucional (art. 5º, inciso LXXIV, da CF de 88) e artigos 98, *caput*, e 99, § 2º, do CPC, que estabelecem que o direito à gratuidade da justiça é garantido àqueles que não possuem recursos suficientes para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios. Assim, mantêm-se a constitucionalidade e a legalidade na busca pela concretização do benefício da justiça gratuita, considerando o devido processo legal, ampla defesa e direito ao contraditório.

Ora, se a Constituição diz que o requisito para se ter direito ao benefício da justiça gratuita é que o peticionante seja hipossuficiente, os tribunais não podem dar outra interpretação ao direito para tal benefício.

Analisar-se-á agora o subprincípio da necessidade, pois restou bem demonstrada a adequação do que este trabalho tem defendido aqui.

Pelo subprincípio da necessidade, entende-se que “nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos²⁸¹”.

A necessidade da correta interpretação dos tribunais em relação à análise de quem faz jus ao pedido de justiça gratuita é essencial para a finalidade que se quer atingir neste trabalho: diminuir o número de ações judiciais. O acesso à justiça não pode ser realizado de qualquer forma, o que pode gerar uma não justiça, com excesso de demandas, desorganização do Poder Judiciário e comprometimento de seu planejamento.

Quando os tribunais dão uma interpretação mais rígida (não excessiva) ao benefício da gratuidade da justiça, alguns podem pensar que se está restringindo esse

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 227.

²⁸¹ *Ibid.*

direito de acesso à justiça, mas isso é constitucionalmente permitido. O Estado-Juiz deve optar pela aplicação do § 2º, do art. 99, do CPC (devido processo legal, com direito à ampla defesa, pois o peticionante terá oportunidade de provar o que alega), que estabelece que o deferimento do pedido de justiça gratuita é possível quando houver prova para tanto, sendo que a juntada de declaração de pobreza, nos moldes do §3º, do mesmo artigo, pode ser um reforço para isso.

Dessa forma, o acesso à justiça estará garantindo, porém somente aqueles que comprovarem sua hipossuficiência terão direito à gratuidade.

Não existe outro meio menos gravoso para garantir a correta aplicação da gratuidade da justiça nos tribunais brasileiros. O critério interpretativo, aqui utilizado, não extingue o direito de acesso à justiça com gratuidade (preserva o seu âmbito de proteção), apenas faz uma adequação aos casos em que o direito à justiça é plenamente demonstrado, restringindo o acesso gratuito à justiça daqueles que possuem condições financeiras de arcar com as custas processuais. Faz-se, portanto, uma primeira adequação de forças no processo, bem como a manutenção da igualdade das partes em relação ao acesso à justiça. Se o juiz não verificar, com o pedido e provas, a comprovação do direito, pode conceder à parte a oportunidade de prová-lo, em obediência ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, conforme determina o artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil.

A lei poderia até facilitar a averiguação de cada situação a ser analisada, mas não existem normas que tratem de forma mais específica o assunto, chamando o Judiciário a fazê-la. Logo, é plenamente necessário que os tribunais interpretem essa situação com o intuito de criar parâmetros gerais mais claros e objetivos.

Demonstradas a adequação e a necessidade, passar-se-á à fase seguinte, destacando a análise da proporcionalidade em sentido estrito²⁸².

A publicação de uma nova lei, com requisitos claros acerca do benefício da gratuidade da justiça, é uma medida que ajustaria esse descompasso aqui observado em relação à interpretação do beneficiário da justiça gratuita.

Entretanto, enquanto essa lei não vem, nada mais ponderável que a utilização da hermenêutica jurídica na verificação do direito ao benefício da justiça gratuita (talvez essa lei não seja nem necessária, pois a correta interpretação dos tribunais, de forma

²⁸² “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de refutar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 227.

fundamentada, caso a caso, bastaria), o que oferece contornos mais objetivos aos requisitos destinados à concessão, conforme análise do caso concreto. Por ser uma medida ajustada para ser aplicada, ela garante a gratuidade da justiça, com igualdade, a todos aqueles (requisito da generalidade) que cumpram os itens para a sua concessão, ou seja, demonstração da hipossuficiência, no caso concreto. Para aqueles que não têm como comprovar tal situação, é fundamental que seja feito o devido pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, além das demais despesas processuais, efetivando, dessa forma, a igualdade substancial entre as partes.

Não é justo, nem razoável, que aquele que possua condições financeiras deixe de arcar com as custas das atividades exercidas pelo Poder Judiciário com um simples pedido de gratuidade e juntada de declaração de pobreza no processo. O pagamento das custas processuais é uma forma de promover a expansão qualitativa e quantitativa das atividades do Poder Judiciário brasileiro, que poderia atender a população de forma mais rápida, efetiva e com qualidade, sobretudo se tivesse mais orçamento e investisse em uma boa gestão.

Com a correta interpretação pelos tribunais acerca do indeferimento do benefício da justiça gratuita a quem pode pagar, dar-se-á uma direção correta à problemática da insuficiência de recursos financeiros nos tribunais. Essa é uma justa medida na aplicação do entendimento aqui defendido, evitando, também, prejuízos orçamentários ao Poder em questão.

Os tribunais não podem deixar de receber as custas judiciais, que são tributos²⁸³, classificados como taxas, de forma tão simples, sem maiores fundamentações fáticas e jurídicas. O não recebimento prejudica financeiramente as atividades desse Poder, que depende desse caixa.

Através da aplicação do princípio da proporcionalidade na interpretação constitucional e do Código de Processo Civil pelos tribunais, em especial ao que diz respeito ao benefício da justiça gratuita, o conflito entre os direitos de acesso à justiça, através da gratuidade da justiça e devido processo legal, ampla defesa e contraditório, se resolvem, pois a gratuidade somente passa a ser deferida a quem faça jus de tal benefício.

Dessa forma, as demandas judiciais tendem a diminuir, pois somente serão ajuizadas as ações daqueles que bem comprovem seu direito à gratuidade, além daqueles

²⁸³ Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1378, em 30/11/1995.

que, tendo condições financeiras, arquem com as despesas processuais, o que tende a levar à diminuição de ajuizamento de ações aventureiras e temerárias.

Quem sabe que deve pagar ao acionar a Justiça procura, primeiramente, procura a resolução de seus conflitos de forma extrajudicial e sem maiores gastos. Somente ajuizando ações, com o pagamento das custas processuais e ônus de sucumbência, quando o conflito não for resolvido extrajudicialmente e onde há a quase certeza da procedência dos pedidos.

4.3 As omissões e desvios dos Poderes Legislativo e Executivo e o ativismo judicial

O ativismo judicial nasceu nos Estados Unidos. Foi utilizado pela primeira vez em um texto de Arthur Schlesinger Jr., com o nome *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*²⁸⁴.

O que seria ativismo judicial?

Não há um conceito fechado sobre o termo. É mais um tema jurídico controverso, em que há defensores e críticos, e, até entre esses, há divergências. Alguns defendem o ativismo jurídico em determinadas situações e a criticam em outras, como será visto.

De acordo com Keenan Kmieć²⁸⁵, o ativismo judicial pode estar relacionado a 05 (cinco) alcances: a) à invalidação de atos dos outros Poderes, apesar de constitucionais, em virtude de questões políticas seguidas; b) à não obediência dos precedentes judiciais; c) à atividade como legislador positivo (existe a proibição de o Poder Judiciário gerar o direito, em decorrência de ausência de previsão constitucional), devido à prática de sentenças aditivas, com a infringência do princípio da separação dos Poderes; d) à não utilização de métodos hermenêuticos usualmente utilizados; e) às decisões com a finalidade de alcançar determinados objetivos direcionados.

Para Willian Marshall²⁸⁶, o ativismo judicial se divide em 07 (sete) tipos: 1) ativismo contramajoritário; 2) ativismo não originalista; 3) ativismo de precedentes; 4) ativismo jurisdicional; 5) ativismo criativo; 6) ativismo remediador; 7) ativismo *partisan*.

²⁸⁴ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os Impactos do Ativismo Judicial no Sistema Político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em Tempos de Crise. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nélon (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 231.

²⁸⁵ KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. **California Law Review**, p. 1.442-1.444, oct. 2004.

²⁸⁶ "I will try a somewhat different tack, however, when working with the concept of judicial activism. Rather than coming up with a single definition, I have attempted to identify the indices of judicial activism that are often noted in the literature. I have reached a total of seven: (1) Counter-Majoritarian Activism: the

Outro autor americano que trata do ativismo judicial é Ernest A. Young²⁸⁷, que fala de 06 (seis) categorias de comportamentos judiciais para o fenômeno: (1) “reprovar as escolhas políticas tomadas pelo Estado”; (2) “distorcer a interpretação jurídica da norma e/ou da história”; (3) “desvirtuar a interpretação do precedente judicial”; (4) “emitir interpretações maximalistas em detrimentos das minimalistas”; (5) “exercer amplos poderes de correção”; (6) “decidir de acordo com convicções político-partidárias”.

O que essas características do ativismo judicial norte-americano demonstram, de certa forma, é que, em algumas decisões, os magistrados fogem das regras constitucionais a eles direcionadas, causando uma certa disfunção jurídico-constitucional. Alguns doutrinadores dizem que o ativismo judicial no Brasil é diferente²⁸⁸. Por esse motivo, passou a ser designado ativismo judicial à brasileira²⁸⁹.

No Brasil, fala-se bastante em ativismo judicial quando o Judiciário se envolve nas questões cujas funções estão reservadas constitucionalmente aos outros Poderes,

reluctance of the courts to defer decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.” *In*: MARSHALL, William P. *Conservatism and the Seven of Judicial Activism*. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, p. 101-140, 2002, p. 104

²⁸⁷ YOUNG, Ernest A. *Judicial Activism and Conservative Politics*. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002.

²⁸⁸ Elival da Silva Ramos define o ativismo judicial da seguinte forma: “[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legislação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.” *In*: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁸⁹ É definido por André Trindade e Rafael de Oliveira como: “Além das dimensões trabalhadas por Campos – que propõe uma definição multidimensional do problema –, o ativismo praticado no Brasil vem marcado pela absoluta falta de racionalidade na produção das decisões judiciais, que não seguem qualquer padrão, metodologia ou critério capaz de conferir a mínima coerência e integridade do ordenamento jurídico. Dito de outro modo: no Brasil, o ativismo resulta de todo ato decisório fundado na vontade do juiz e, portanto, a partir de convicções pessoais, escolhas políticas, argumentos morais, enfim, elementos metajurídicos. É por isso que todo ativismo pressupõe certo grau de solipsismo e, portanto, não pode ser classificado em bom, ou positivo, e mau, ou nocivo”. *In*: TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Os Impactos do Ativismo Judicial no Sistema Político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em Tempos de Crise*. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio, NERY JR., Nelson (Coords.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 236-237.

extrapolando sua competência constitucional ao proferir uma decisão que tem efeito de uma lei ou de gestão típica do Poder Executivo²⁹⁰. Um exemplo bem atual, em tempos de pandemia, seria o caso de uma ação proposta para que o Estado-Juiz decretasse *lockdown* em algum Estado ou município para evitar a disseminação da COVID-19, o que, na verdade, estaria reservado à competência dos gestores dos municípios e Estados, ou seja, prefeitos e governadores.

Os críticos do ativismo judicial alegam que o julgador age uma hora como legislador negativo, quando invalida atos normativos dos Poderes Legislativo ou Executivo, ou como legislador positivo, quando interpreta normas e princípios e lhes atribuem juízo de valor. Como os magistrados não são representantes do povo, ao agirem desse modo estariam atuando de forma contramajoritária. Dizem ainda que o ativismo judicial não obedece ao princípio da separação dos Poderes. Sustentam que o Poder Judiciário acaba por se intrometer em funções que não são as suas.

Na história da humanidade, por muito tempo, o poder se concentrou nas mãos de uma única pessoa, geralmente o rei, que exercia várias funções de Estado, entre as quais a criação de leis, julgamento e condução da administração no território em que era soberano. Depois, a população começou a se revoltar com esse poder concentrado no rei, que agia sem limites. Assim, muitas ideias surgiram acerca da separação das funções do Estado para melhorar a gestão deste, com benefícios para a sociedade e a criação de obstáculos para o uso ilimitado e pessoal do poder.

Veio a burguesia, que se desenvolveu e brigou por seu espaço. Com o tempo, os Estados deixaram a forma Absolutista de governar e adotaram o Liberalismo. Com essa movimentação histórica de poder, foram dados os primeiros passos para a criação da teoria da separação dos Poderes, que se desenvolveu até chegar à divisão tripartite de Poderes estatais, com o Executivo, Legislativo e Judiciário.

²⁹⁰ Em defesa do ativismo judicial, argumenta o Ministro Luís Roberto Barroso: “Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluídas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito. [...] O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes”. In: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 04, jan.-fev. 2009, p. 12.

Aristóteles, em sua obra “A Política”, defendia a existência de três Poderes separados, o Deliberativo (tomada de decisões fundamentais), o Executivo (execução, pelos magistrados, das decisões do primeiro Poder) e o Judiciário (fazer Justiça), a quem eram atribuídas as funções estatais e que possuía, respectivamente, as seguintes atividades: tomada de decisões fundamentais; execução das decisões do Poder Deliberativo; e tomada de decisões judiciais de acordo com o direito²⁹¹.

Locke²⁹², em seu livro “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, sustentava a ideia de um Poder Legislativo superior aos outros, um Executivo como aplicador das leis e um Poder Federativo com competência para tratar das questões internacionais ligadas ao Governo. Com o Direito Romano, os parlamentares passaram a gozar de determinadas prerrogativas, como a garantia do livre exercício de suas funções, proibição de prisão, acusação e punição.

As imunidades parlamentares foram absorvidas pelo Direito Europeu por meio do sistema constitucional inglês, através do *Bill of Rights*, de 1688. Tinham o objetivo de garantir a liberdade e independência do Parlamento inglês. Assim, foram desenvolvidos dois princípios: a *freedom of Speech* e *freedom from arrest*, garantias de que as manifestações dos parlamentares não seriam postas em questão nas Cortes Judiciais²⁹³.

Montesquieu, no livro “O Espírito das Leis”, aprimorou a Teoria da Separação dos Poderes, amplamente adotada pela maioria dos países após a Revolução Francesa. A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 16, previu a referida teoria como uma regra obrigatória dos Estados Constitucionais²⁹⁴.

Montesquieu desenvolveu ainda o sistema de pesos e contrapesos (*check in balances*), que faz parte da teoria da separação dos Poderes, e tentou evitar os abusos, fazendo reajustes à atuação dos Poderes estatais, onde um Poder controlaria o outro.

A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, teve seu texto fundamentado no princípio da separação dos Poderes. A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, do ano de 1776, também previu a separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

²⁹¹ MORAES, Alexandre. Imunidades parlamentares. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 6, n.º 21, janeiro-março, 1998, p. 63.

²⁹² LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 170-173.

²⁹³ MORAES, Alexandre. *Op. cit.*, p. 47-48.

²⁹⁴ “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos Poderes não tem Constituição.” In: FRANÇA. **Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Paris: Imprensa Oficial, 1789.

De fato, o princípio da Separação dos Poderes consagrou-se no mundo moderno e faz parte das Constituições atuais, com raras exceções, sendo um princípio estruturante dos Estados de Direito.

O princípio da separação dos Poderes está presente em todas as Constituições brasileiras, salvo a de 1937²⁹⁵. Na Constituição de 1824, havia a previsão de 04 (quatro) Poderes, além dos três comuns, quando foi adicionado ainda o Poder Moderador, atribuído ao Imperador do Brasil. Com a proclamação da República, esse Poder deixou de existir²⁹⁶.

O artigo 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁹⁷. Pelo exposto acima e nas palavras do professor J. J. Gomes Canotilho²⁹⁸, o princípio da separação dos Poderes é histórico, não sendo, portanto, intemporal.

Os Poderes possuem suas próprias formas de controle, porém, para evitar desvios de funções e Poderes ilimitados, um Poder pode interferir no outro para fazer ajustes, o contrapeso, o que é denominado de sistema de pesos e contrapesos²⁹⁹. Como exemplo, citam-se: a) o Poder Judiciário possui a competência de declarar a inconstitucionalidade de leis aprovadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo, conforme preveem os

²⁹⁵ A Constituição de 1937, como já induz a ausência do princípio da separação dos Poderes em seu texto, foi promulgada durante um dos períodos ditatoriais da República brasileira. No preâmbulo da Constituição, um dos “considerandos” dizia respeito “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista”. O artigo 94 estabelecia que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”. O artigo 170 trazia uma restrição à apreciação de ação ou lesão pelo Poder Judiciário, que estava proibido de conhecer os atos praticados durante o estado de emergência ou estado de guerra. O artigo 178 dissolveu, na data em que a Constituição foi decretada, em 10 de novembro de 1937, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. In: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 19 fev. 2020.

²⁹⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 144.

²⁹⁷ Nas palavras de Lênio Streck e Fábio de Oliveira: “O delicado contato orgânico-funcional revela que, desde a sua gênese, a divisão de Poderes teve o poder judicial, à época denominado executivo, como questão capital, tanto no relacionamento com a monarquia quanto com o parlamento. A sistemática da divisão de Poderes deu-se em muito por causa da percepção de que, a fim de garantir liberdades, direitos, a igualdade, a estabilidade social, imprescindível que o juiz não se confunda com o governante ou com o legislador”. In: *Ibid.*, p. 146.

²⁹⁸ J. J. Gomes Canotilho conceitua o referido princípio e a interdependência entre os Poderes como um: “Princípio estrutural-conformador do domínio político, sendo importante descortinar os vários níveis em que a separação e interdependência se pode situar: (1) no plano funcional, interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução; (2) no plano institucional, a separação de Poderes incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível sociocultural, interessa articular o Poder ou Poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos)”. In: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556-557.

²⁹⁹ Por isso se diz “que a separação não é propriamente do poder político - jurídico, considerado uno, indivisível, e sim de suas funções”. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* *Op. cit.*, p. 148.

artigos 97 e 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988; b) a edição de medidas provisórias com força de lei pelo Poder Executivo, no caso pelo Presidente da República, como dispõem os artigos 62 e 84, XXVI, da aludida Constituição; c) os casos de prisão em flagrante de Deputados Federais e Senadores, em crimes inafiançáveis, as respectivas Casas Legislativas possuem a competência de decidir sobre elas com o envio dos autos de prisão, que deve ocorrer no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, como define o art. 53, 2º, do mesmo diploma legal³⁰⁰.

O princípio da separação dos Poderes é tão importante na estruturação do Estado e no sistema democrático que é cláusula pétrea, conforme estabelece o artigo 60, § 4º, III, da CF/88, e, por isso, não pode ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro através de emenda constitucional.

Os membros dos Poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo e o representam. Já os membros do Judiciário não são eleitos. São nomeados para o cargo após passarem por concurso público de provas e títulos para ingresso na carreira da magistratura, ou através do processo do quinto constitucional, ou, ainda, são definidos através de escolhas político-jurídicas para os Tribunais Superiores. Não são representantes do povo.

Por meio do princípio constitucional da separação dos Poderes, o Poder Judiciário não poderia se intrometer nas funções constitucionais dos outros Poderes, pois eles são independentes, apesar de harmônicos, e possuem suas competências detalhadas no texto constitucional.

Após a abertura democrática do país, o Poder Judiciário passou a trabalhar de modo mais livre, com base na chamada Constituição cidadã, onde estão previstos diversos direitos fundamentais³⁰¹. Contudo, devido a toda essa crise nas instituições vivida no país ultimamente, criou-se uma fundamentação “jurídica” para que o Poder Judiciário pudesse dizer o direito quando da omissão ou mau exercício das funções dos Poderes Legislativo e Executivo.

³⁰⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2017.

³⁰¹ André Trindade e Rafael de Oliveira explicam esse período: “No Brasil, especialmente após a ressaca que marcou a primeira década que sucedeu à promulgação da Carta de 1988 e, ainda, a etapa da assimilação da necessidade de uma filtragem hermenêutica-constitucional dos direitos, a discussão acerca do papel do Poder Judiciário tornou-se uma pauta constante nas discussões jurídico-políticas, com o progressivo abandono do positivismo judicial”. In: TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os Impactos do Ativismo Judicial no Sistema Político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em Tempos de Crise. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nélson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 233.

Dessa forma, processos envolvendo pedido, cuja competência da matéria seria dos Poderes Legislativo e Executivo, começaram a ser ajuizados e não pararam mais. Para a sociedade, é certo que o não atendimento de um pleito por referidos Poderes pode ser resolvido através de uma ação cuja decisão caberá ao Poder Judiciário. Como dizem André Trindade e Rafael de Oliveira³⁰², “quando o sistema político é levado ao limite, aumenta a busca pelo Judiciário e, é exatamente nesses casos, que o perigo de decisões ativistas se mostra mais elevado.”

Costuma-se dizer que o Brasil, atualmente, vive uma crise em suas instituições. O legislativo omite-se na feitura de algumas leis e fiscalização em face do Poder Executivo. O Executivo omite-se em sua função de gestão, de administração dos entes federativos. Todos têm descumprido os seus papéis constitucionais.

Devido ao mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo, criou-se um entendimento no imaginário popular e nos tribunais de que o Poder Judiciário deve decidir nesses casos de omissão ou deficiência dos outros Poderes, já que o intuito é efetivar direitos fundamentais e garantir a dignidade da pessoa humana.

As ações envolvendo temas relacionados ao ativismo judicial também incham em quantidade o acervo processual do Poder Judiciário. Ademais, muitas vezes, são ações bastante complexas e que demandam tempo e atenção dos juízes, que deixam de apreciar outros casos que necessitam da atuação do Poder Judiciário. Esse é um dos motivos pelo qual Boaventura de Sousa Santos³⁰³ afirma que o “protagonismo positivo³⁰⁴” se tornou negativo.

³⁰² LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Néilson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 228.

³⁰³ Diz o professor: “Esta grande transformação dos anos 80, ocorrida um pouco por toda a parte, decorre de um processo político que podemos caracterizar como judicialização da política. Trata-se de um processo político complexo através do qual diferentes grupos políticos incapazes de resolver, por via política, os seus conflitos transferem a sua resolução aos tribunais”. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? In: **Revista do Ministério Público**, Lisboa, 3º trimestre de 2000, p. 01.

³⁰⁴ Nas primeiras ações ajuizadas de casos de saúde no Brasil, no final da década de 80, os portadores do vírus HIV pediam ao Estado que fornecessem o medicamento para essa enfermidade, com base no direito fundamental à saúde, previsto na Constituição cidadã. Os remédios eram caros e importados. Os primeiros casos de pedidos de medicamentos foram provenientes do Rio Grande do Sul. Antes não havia ações com esse objeto. Depois, essas ações de saúde se proliferaram pelo país e passou-se a se requerer todos os tipos de medicamentos. O AI 238328 AgR e o RE 242859 são exemplos dessas ações pioneiras com pedidos de fármacos no Brasil.

Os casos de saúde pública são umas das inúmeras situações em que há alegação da intervenção do Judiciário nas competências dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que é afastada pelo próprio Poder Judiciário³⁰⁵.

No inteiro teor do acórdão do RE 429903³⁰⁶, cujo relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, da Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, há uma parte da fundamentação do acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que afasta a aplicação do princípio da separação dos Poderes, tendo como base a atuação ineficiente da Administração Pública em uma situação de saúde.

Outro exemplo bastante comentado pela doutrina sobre ativismo judicial foi o que reconheceu a atipicidade do crime de aborto nos casos de até 03 (três) meses de gestação, com base na interpretação conforme da Constituição e dos artigos 124 a 126 do Código Penal, o que seria função constitucional do Poder Legislativo promover, através de lei, um extrapolamento judicial em relação à função de julgar³⁰⁷.

³⁰⁵ “Um único e icônico caso, da Fosfoetanolamina, também conhecida como “pílula do câncer”, resultou, no período de oito meses, em cerca de 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse medicamento ainda não aprovado na ANVISA e cuja eficácia ainda não havia sido comprovada por estudos técnicos (Dallari-Bucci e Duarte, 2017). O problema não se restringe a casos *isolados*. O número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016”. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019, p. 07.

³⁰⁶ “Destarte, partindo da premissa de que houve atuação manifestamente infrutífera da Administração Pública, considero que a sentença proferida pela digna Magistrada a quo não afronta o princípio da independência dos Poderes. Ao revés, o concretiza no seu aspecto harmônico, em que a ingerência de um Poder sobre o outro afasta as arbitrariedades que possam ser cometidas por cada um, através do conhecido sistema de controle do 'checks and balances'. Enfatize-se que o Poder Judiciário não está determinando as metas nem prioridades da Administração Pública, nem tampouco interferindo na gestão de suas verbas, o que se está a fazer é, sob a ótica da Administração, um efetivo controle da legitimidade de seus atos, o que se afigura perfeitamente possível quando tais atos desbordam os lindes do razoável, alcançando o universo do arbítrio. Some-se, a isso, a percepção do tema na seara da pretensão deduzida nestes autos e de seus beneficiários, que está a revelar um direito subjetivo inerente à própria dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à saúde, que, uma vez violado, não pode ficar à margem da jurisdição. [...]”. In: RE 429903, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-156 DIVULG 13-08-2014 PUBLIC 14-08-2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 nov. 2017.

³⁰⁷ “Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. **inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre**. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. **Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os**

Mais um caso envolvendo aborto que se revelou como ativismo judicial foi a interpretação do Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, onde houve o reconhecimento da excludente de necessidade no caso de feto anencefálico, reconhecendo uma situação de excludente de ilicitude não prevista em lei³⁰⁸.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 402, o Supremo Tribunal Federal aderiu a uma interpretação sistemática e finalista e considerou que a norma inserta no artigo 86, § 1º, da Constituição Federal de 1988³⁰⁹, deveria ser aplicada na linha sucessória do Presidente da República, ou seja, considerou que o Presidente do Senado Federal à época, o senador Renan Calheiros, não poderia substituir o Presidente da República, nos moldes do que é determinado no artigo 80, da

seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus” – destaques acrescentados. *In*: HC 124306, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017.

³⁰⁸ “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. *In*: ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011.

³⁰⁹ Tal artigo diz que: “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. § 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções: I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.”

Constituição Federal, por ser réu em ação penal, o que conflitaria com a norma do inciso I, do § 1º, do artigo 86. Esse caso revelou-se como mais um exemplo de ativismo judicial.

Constatou-se, portanto, um ativismo criativo, pois o Supremo Tribunal Federal criou um novo direito, restritivo por sinal, através da doutrina constitucional, além de um ativismo remediador, pois usou de seu poder para impor obrigações positivas aos outros Poderes, o Legislativo e o Executivo³¹⁰.

Outro exemplo bastante citado é o do Conselho Nacional de Justiça (que faz parte do Poder Judiciário brasileiro, conforme o artigo 92, I-A, da Constituição Federal de 1988, que foi inserido no texto constitucional pela reforma do Judiciário, através da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004) quando normatizou uma questão que, à luz da

³¹⁰ “**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PRETENDIDO AFASTAMENTO CAUTELAR DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL NO QUE SE REFERE AO EXERCÍCIO DESSA ESPECÍFICA FUNÇÃO INSTITUCIONAL EM RAZÃO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE RÉU NO ÂMBITO DE PROCESSO DE ÍNDOLE PENAL CONTRA ELE EXISTENTE (Inq 2.593/DF) – INADMISSIBILIDADE, NESSE PONTO, DA POSTULAÇÃO CAUTELAR – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O PARLAMENTAR DE PRESIDIR A CASA LEGISLATIVA QUE DIRIGE – A QUESTÃO DA APLICABILIDADE E DO ALCANCE DA NORMA INSCRITA NO ART. 86, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO QUE CONCERNE AOS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, art. 80) – CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO PREVENTIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM HIPÓTESE DE INSTAURAÇÃO, CONTRA ELE, DE PROCESSO DE ÍNDOLE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (“IMPEACHMENT”) OU DE NATUREZA PENAL (CF, art. 86, § 1º) – SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO QUE TAMBÉM ATINGE OS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO (PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL E PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), SE E QUANDO CONVOCADOS A EXERCER, EM CARÁTER INTERINO, A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO INTERINO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUE, NO ENTANTO, NÃO OBSTA NEM IMPEDE QUE O SUBSTITUTO EVENTUAL CONTINUE A DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE CHEFIA QUE TITULARIZA NO ÓRGÃO DE ORIGEM – REFERENDO PARCIAL DA DECISÃO DO RELATOR (MINISTRO MARCO AURÉLIO), DEIXANDO DE PREVALECER NO PONTO EM QUE ORDENAVA O AFASTAMENTO IMEDIATO DO SENADOR RENAN CALHEIROS DO CARGO DE PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL. – Os substitutos eventuais do Presidente da República – o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 80) – ficarão unicamente impossibilitados de exercer, em caráter interino, a Chefia do Poder Executivo da União, caso ostentem a posição de réus criminais, condição que assumem somente após o recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime (CF, art. 86, § 1º, I). – Essa interdição, contudo – por unicamente incidir na hipótese estrita de convocação para o exercício, por substituição, da Presidência da República (CF, art. 80) –, não os impede de desempenhar a Chefia que titularizam no órgão de Poder que dirigem, razão pela qual não se legitima qualquer decisão que importe em afastamento imediato de tal posição funcional em seu órgão de origem. – A “ratio” subjacente a esse entendimento (exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas) apoia-se no fato de que não teria sentido que os substitutos eventuais a que alude o art. 80 da Carta Política, ostentando a condição formal de acusados em juízo penal, viessem a dispor, para efeito de desempenho transitório do ofício presidencial, de maior aptidão jurídica que o próprio Chefe do Poder Executivo da União, titular do mandato, a quem a Constituição impõe, presente o mesmo contexto (CF, art. 86, § 1º), o necessário afastamento cautelar do cargo para o qual foi eleito” – destaques acrescentados. In: ADPF 402 MC-Ref, Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018.**

doutrina constitucional, deveria ser debatida no Congresso Nacional e decidida através do Poder Legislativo, que é o representante do povo.

Trata-se da Resolução n.º 175, de 14 de maio de 2013, que “vedou às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”, determinando no seu artigo 2º que qualquer recusa implicará a adoção das responsabilidades cabíveis.

Tal ato normativo adveio dos acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, que reconhecem a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como ao julgamento do RESP 1.183.378/RS pelo Superior Tribunal de Justiça.

Outras situações vistas como ativismo judicial, pois o Judiciário teria agido como legislador em casos classificados como de reserva legal, foram as das Súmulas Vinculantes 11³¹¹ (uso de algemas nas audiências), 13³¹² (nepotismo nas funções públicas) e 26³¹³ (progressão de regime dos apenados condenados por crimes hediondos).

Lênio Streck e Pablo de Oliveira³¹⁴ fazem uma distinção entre judicialização da política e ativismo judicial. Os autores dizem que o primeiro é ocasional e nasce de um contexto histórico, “caracterizado pela necessária implementação de direitos, por um déficit na atuação dos demais Poderes”. O outro estaria relacionado aos problemas interpretativos, “como se decide”. Para esses autores, o ativismo judicial faz com que o Poder Judiciário ultrapasse os seus limites.

³¹¹ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

³¹² “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

³¹³ “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

³¹⁴ “Não se pode esquecer que judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos distintos. O primeiro é contingencial, fruto de um contexto caracterizado pela necessária implementação de direitos, por um déficit na atuação dos demais Poderes. O segundo, por sua vez, está relacionado a um problema hermenêutico, isto é, à pergunta sobre como se decide. O ativismo judicial consiste numa postura do Judiciário, extrapolando os limites do necessário”. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 149.

Com o tempo, a vida se transforma, assim como os conceitos, as visões de vida, as profissões, etc. Com as atividades do juiz e a maneira de exercê-las não poderia ser diferente. O magistrado não é mais apenas a “boca da lei”.

Devido a essa crise política e das instituições, algumas situações que deveriam ser resolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo acabam sendo empurradas ao Poder Judiciário, de modo que este decida com base na lei. Quando não há essa, o sustentáculo está nos costumes, nos princípios gerais do direito e na analogia, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nem todo ativismo judicial é prejudicial. Por essa razão, será utilizada a cisão realizada por Rodolfo de Camargo Mancuso³¹⁵ sobre a judicialização da política, que seria diferente de politização da justiça. São nesses casos que extravasam a reserva legal, a discricionariedade administrativa e política, a criação de falsos problemas pelo ativismo judicial, infringindo o princípio constitucional da separação dos Poderes, que acaba desaguando na multiplicação de demandas judiciais.

Esses casos representam mais uma forma desmensurada de acesso à justiça e que traz problemas não só ao Poder Judiciário, mas também aos outros Poderes. Esse tipo de acesso propicia a incursão em funções típicas de atividades políticas de cada Poder, onde não cabe a discricionariedade do Estado-Juiz.

As ações de saúde se multiplicaram geometricamente depois dos primeiros casos de portadores do vírus HIV, com início no final da década de 80, no Estado do Rio Grande do Sul. Houve o acionamento do Estado para garantir os medicamentos, da época, ao tratamento da doença. Isso ocorreu após a abertura democrática do país.

Hoje, ajuíza-se ação para todo e qualquer medicamento, esteja ou não na Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, assim como para se conseguir consultas, exames, leitos normais, leitos de UTI, leite, seringas, internações, cirurgias, próteses, cadeiras de rodas, etc.

³¹⁵ “Pensa ele sobre quando o ativismo judicial extrapola seus limites: “Assim, para que a questão da judicialização da política não perca densidade conceitual ou mesmo não se degrade num falso problema, o objeto a ser investigado se coloca quando a judicialização passa a operar em modo incontido e desmesurado, desbordando os lindes da razoabilidade – e mesmo da capacidade instalada do próprio Judiciário – pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes, por exemplo, quando a intervenção judicial avança em campos claramente subsumidos a reserva legal ou em searas preordenadas às deliberações e condutas discricionárias e/ou eminentemente técnicas da Administração Pública, ou aos atos puramente políticos, não se podendo, por exemplo, roborar um comando judicial que determine a construção de presídio, ou implantação de usina de compostagem de resíduos urbanos, ou ainda o aterramento da fiação numa dada via pública”. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

Esse grande número de ações envolvendo a saúde pública³¹⁶ aumenta, primeiramente, a distribuição e o acervo processual dos tribunais, e, por conseguinte, criam um tumulto na já desorganizada saúde pública, pois as filas de consultas, cirurgias, leitos são furadas pelo paciente beneficiado nas decisões judiciais, causando injustiça e revolta dos outros pacientes que aguardam nas filas. Esse é um fator desmotivador para os profissionais da saúde por não terem suas decisões atendidas, primeiramente, pelo sistema, já que eles é quem possuem a capacidade técnica para avaliar cada situação dos pacientes.

Adicione-se que as decisões judiciais mexem com os orçamentos públicos, pois quebram o planejamento e criam situações de necessidade de compra de medicamentos ou pagamento de serviços sem o processo licitatório.

Existem ações também que requerem escolhas discricionárias políticas e administrativas dos tribunais, e que fogem às suas competências. Todas essas ações judiciais, que acabam por gerar um ativismo desmedido do Estado-Juiz, representam uma forma de acesso sem limites ao Poder Judiciário, que deve decidir sobre tudo, incluindo as questões exclusivas da política.

A própria Constituição Federal prevê restrições para esses atos de ativismo judicial com as normas de separação dos Poderes (artigo 2º), além de outras normas que tratem da reserva legal e discricionariedade administrativa e política. Em outras palavras, os limites do ativismo judicial estão na própria Constituição.

Assim, esses limites de atuação do Poder Judiciário, mesmo que as ações correspondam aos direitos fundamentais (como o aqui detalhado no caso do direito fundamental à saúde, que ganhou uma proporção que vem causando prejuízos ao sistema de saúde como um todo), devem ser observados a partir da interpretação sistemática da Constituição Federal, considerando as restrições encontradas nela, além das restrições de reserva legal simples e qualificada. A finalidade é evitar o ajuizamento de ações que fogem à competência resolutiva do Poder Judiciário por serem de competências exclusivas de outros Poderes.

No que diz respeito à saúde, por exemplo, tratados por alguns como uma forma de ativismo judicial, os artigos 196 a 200 da Constituição Federal preveem as normas

³¹⁶ “Considerando o acima exposto, a LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017.” *In*: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019, p. 15.

relacionadas à saúde, além de o artigo 2º prescrever a separação dos Poderes. A lei n.º 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, oferecendo, ainda, outras providências sobre o assunto. Somam-se a ela outras leis federais, estaduais e municipais, além de atos normativos desses entes públicos.

Para a elaboração de uma lei com essas características, há todo um estudo e detalhamento no planejamento acerca do sistema de saúde, que é bastante complexo e exige técnicas voltadas, especificamente, para esse assunto, não sendo admissível que o Poder Judiciário passe por cima de todas essas regras organizacionais quando decidem.

A população tem que saber cobrar de seus governantes uma discricionariedade adequada nos assuntos relacionados à reserva legal e às condutas discricionárias administrativa e política. Caso algum direito relacionado à política pública, que seja de interesse de toda a coletividade, não esteja sendo bem atendido, a população tem que buscar os meios adequados para cobrá-los de seus representantes, como não os eleger em pleitos futuros ou a provocação de processos de *impeachment*.

O Ministério Público, a quem cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o artigo 127 da Constituição Federal, tem que cobrar a efetivação dos direitos difusos e coletivos, conforme disposto no artigo 129, III, da CF/99, como nos casos de saúde. Se for o caso de ajuizar ações coletivas, toda a sociedade será abrangida por ela, evitando o ajuizamento de inúmeras ações individuais sobre o mesmo assunto.

A observância desses limites nos casos de ativismo judicial visa diminuir o número de ações judiciais que versam sobre objetos em que o Poder Judiciário não pode decidir conforme o seu mérito por ser incompetente constitucionalmente para tanto. Essa é também uma forma de amenizar o uso desregrado do direito fundamental de acesso à justiça, garantindo que as ações que necessariamente devam ser ajuizadas sejam melhor analisadas pelos juízes, além de finalizadas com a celeridade devida.

Pode-se ainda utilizar o princípio da proporcionalidade para resolver a ampla interpretação judicial em torno do princípio da separação dos Poderes, que acaba influenciando no acesso à justiça de forma indiscriminada, além de tumultuar o Poder Judiciário com essas ações, cujos problemas deveriam ser resolvidos pelos outros Poderes, conforme o texto constitucional.

Um dos conflitos verificados nesse caso de ativismo judicial diz respeito ao direito fundamental de acesso à justiça e ao princípio da separação dos Poderes. Inicialmente,

será analisado o subprincípio da adequação, que pressupõe que a providência se mostra adequada ao fim procurado. Os meios correspondem aos fins.

A restrição ao ativismo judicial se mostra adequada ao objetivo almejado, que é a diminuição de ações judiciais, de forma constitucional, a fim de se utilizar de modo mais racional o direito fundamental de acesso à justiça, tentando definir contornos de eficiência.

O não conhecimento, pelo Poder Judiciário, de ações que tratam de temas inseridos no âmbito do ativismo judicial, em um contexto muito particular, é medida necessária para garantir a observância das competências constitucionais dos Poderes e o princípio da separação entre eles. Assim, o Judiciário deve agir de forma a interpretar como inviável o direito constitucional de acesso à justiça quando os pedidos de uma ação requeiram a intervenção desse Poder em funções diferentes das suas, em termos constitucionais.

É necessário que o Poder Judiciário intervenha, por meio de uma interpretação restritiva, nessas ações, com fundo jurídico ativista, já que o objetivo é resguardar sua própria existência. Assim, há um atendimento ao subprincípio da necessidade, pois a restrição ao ativismo judicial é a medida exigida para atingir a finalidade de diminuição do ajuizamento de ações que envolvem o referido tema, não sendo possível adotar uma outra medida menos restritiva.

Deve-se observar o princípio da separação dos Poderes. Essa é uma regra que permite uma interpretação restritiva sobre o direito fundamental de acesso à justiça, evitando que aquele princípio seja anulado. Os outros Poderes poderão ser cobrados e acionados de outra forma. Assim, também se assegura uma suposta efetividade ao princípio fundamental de acesso à justiça.

A adoção dessa interpretação restritiva dos tribunais, no que diz respeito ao reconhecimento de que não se deve interferir nas competências constitucionais dos outros Poderes, e em obediência ao referido princípio secular da separação dos Poderes, mostra-se adequada por valorizar esse princípio constitucional, que não é letra morta na Constituição. Além disso, mostra-se necessária para restringir o acesso de ações judiciais com esses objetivos, o que resulta em uma diminuição do ajuizamento de demandas judiciais, atingindo o objetivo buscado neste trabalho. A melhor maneira de se fazer isso é preservando o princípio da separação dos Poderes e não encorajando o ajuizamento de ações com demandas enquadradas no viés do ativismo judicial.

Para se obter o objetivo requerido neste trabalho, que corresponde à diminuição da quantidade de ações ajuizadas, propiciando um acesso à justiça mais qualificado, além de um processo mais célere e eficiente, não há um meio menos gravoso de se limitar ou restringir o ingresso desse tipo de ação nos meandros do Poder Judiciário, tornando eficazes os objetivos aqui pretendidos: cada Poder fica responsável em exercer suas funções constitucionais, o que ajuda a diminuir o acesso à justiça para esse tipo de pedido. Tal postura chama os Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros foram eleitos pelo povo e os representa, a agirem dentro de suas funções.

Por fim, analisar-se-á o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, aplicado a esses casos de ações com pedidos e com características ativistas.

O mencionado princípio pressupõe que entre o meio eleito e a finalidade buscada existe uma relação de proporção. Para um fim de pouca importância, não se pode aceitar uma grande restrição de um direito fundamental.

Faz-se primordial essa interpretação restritiva no que diz respeito ao ativismo judicial, uma vez que a aceitação de ações com pedidos cujos objetos caberiam à competência constitucional dos outros Poderes, far-se-ia letra morta ao princípio da separação dos Poderes, estabelecido na Constituição. Aceitar, sem limites, ações com pedidos tidos como de ativismo também pode configurar uma forma de enfraquecimento da democracia, pois confunde as atividades constitucionais dos Poderes.

Adicione-se que os magistrados não são eleitos pelo povo, de modo que não podem representá-lo para a consecução de metas que não são de sua competência, e sim dos membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Os magistrados também não possuem a técnica para o exercício de tais funções, além um corpo técnico de profissionais que administrem tamanha responsabilidade. Frise-se que muitas dessas ações são bem complexas.

Tudo isso revela que é melhor deixar para os membros dos Poderes Legislativo e Executivo estudarem esses casos que requerem interveniências desse Poderes, permitindo que o Poder Judiciário trabalhe de forma mais célere em seus processos e com maior eficiência, levando justiça ao povo.

A delimitação do acesso à justiça de ações com pedidos característicos de ativismo judicial mostra-se essencial para a garantia do fortalecimento da democracia, além de ser primordial para desocupar, um pouco, o Poder Judiciário, que passou a agir normalmente nesses casos. Tal ação demonstra que a restrição judicial possui uma grande finalidade.

4.4 Comprovação de prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão em prazo não razoável, a fim de demonstrar o interesse processual com a prévia pretensão resistida

Outra defesa que é feita neste trabalho refere-se à necessidade de se comprovar o interesse de agir no ajuizamento de uma ação. Se não houver uma resistência na resolução de um certo conflito da vida, extrajudicialmente (de forma expressa ou tácita, com a omissão), não haveria também a necessidade de se ajuizar uma ação para se sanar essa questão, tumultuando ainda mais o Judiciário.

Reforçando, o direito fundamental de acesso à justiça necessita de normas conforme a sua organização e exercício. É uma norma de eficácia contida, na classificação do doutrinador brasileiro José Afonso da Silva³¹⁷, que precisa, portanto, de outras normas que possam lhe dar eficácia, ainda que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuam aplicação imediata, conforme reza o §1º, do art. 5º, da Constituição Federal.

O interesse de agir seria uma condição para a ação³¹⁸, definida pelo legislador infraconstitucional como uma norma processual, conforme o direito de acesso à justiça. Para acionar o Judiciário, a ação deve ser útil, adequada e necessária³¹⁹.

O prévio requerimento administrativo, usado como interesse de agir, serve para evitar que a parte adversa conheça a ação de surpresa sem ter tido qualquer possibilidade de diálogo com a outra parte, tendo que arcar com os honorários do advogado que constituir. Se for sucumbente na ação, há o pagamento dos honorários do advogado da outra parte, tendo em vista o que foi pactuado: transação ou arbitragem pelo juiz. Além dos honorários, também tem a despesa com as custas processuais. Adiciona-se ainda o tempo gasto com uma parte em um processo.

Como existe o direito fundamental de acesso à justiça, há o reverso, que é o direito de alguém não ser importunado, processualmente, de forma impertinente, de surpresa,

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92 e seg.

³¹⁸ Fredie Didier diz que o Novo Código de Processo Civil não usa mais o termo "condição da ação", mas somente o termo interesse processual. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 29ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2017, v. 1. p. 28

³¹⁹ “Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.” *In*: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 281.

com base na igualdade entre as partes. Por outro lado, o processo busca a paz jurídica e social e essa pode ser obtida antes do ajuizamento de qualquer ação. A interposição de uma demanda judicial, sem a comprovação do interesse de agir, mostra-se impertinente quando a parte contrária não foi acionada para tentar resolver uma adversidade que não tenha tomado conhecimento. Caso tivesse se cientificado da situação, anteriormente, poderia resolver a conjectura da melhor forma para as partes, de forma consensual. Isso deve ser demonstrado junto à petição inicial, de modo que o magistrado possa fazer a primeira filtragem do processo.

Segundo o Relatório “Os 100 maiores litigantes”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, publicado no ano de 2012, os maiores litigantes das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho eram os bancos (10,88%), o setor público municipal (6,88%), o setor público estadual (3,75%), a telefonia (1,84%), o comércio (0,81%), a área de seguros/previdência (0,74%), a indústria (0,63%), os serviços (0,53%) e os conselhos profissionais (0,32%). Na Justiça Estadual, os maiores litigantes são o Setor Público (municipal, estadual e federal) e os bancos. Na Justiça Federal, o Instituto de Nacional de Previdência Social e a Caixa Econômica Federal³²⁰.

O que se observa é que se tornou praxe o ajuizamento de uma ação judicial sem a comprovação do interesse processual por negativa ou omissão, no caso de requerimentos extrajudiciais. Vem a calhar a lembrança do voto do Relator do *leading case*, que tratou do tema 350, sobre o “prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário”. No RE 631240³²¹, o Ministro Roberto Barroso mencionou que o juiz não pode ser visto como mero administrador, ou “a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria”.

Tal voto demonstra que, muitas vezes, as partes sequer dialogaram antes do ajuizamento da ação para uma tratativa. Nessas situações, pode acontecer de uma parte ajuizar a ação e ter procurado a outra parte para um acordo extrajudicial, mas sem ter demonstrado isso na petição inicial. No entanto, a resposta negativa ou omissão em prazo não razoável da outra parte tem que ficar demonstrada.

³²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 Maiores Litigantes**. Brasília: CNJ, 2012, p. 11-12 e 15-23.

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 631240**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em: 03/09/2014. Publicado em: 10/11/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jul. 2020.

Na vida real processual, o que se observa é que muitos indivíduos não procuram o outro para conversar e nem há a tentativa de envio de uma notificação extrajudicial, visando a uma transação.

Por outro lado, verifica-se que o Judiciário se tornou um verdadeiro balcão administrativo para se resolver qualquer demanda que poderia ser realizada de forma simples, perante um órgão público ou através de um serviço de atendimento ao consumidor de uma empresa, só para citar alguns exemplos. Ajuíza-se uma ação sem ter procurado a parte contrária para requerer algo, sem a obtenção de qualquer resposta dela ou a omissão na resposta. Assim acontecia com as ações ajuizadas em face do INSS (Instituto Nacional de Serviços Social), o maior demandado nas Justiças Estadual e Federal³²². O mesmo acontece nas ações ajuizadas contra os Municípios, Estados e União. A parte sequer procura esses entes.

Em relação aos setores privados, também não é comum a busca da Ouvidoria ou dos Serviços de Atendimento ao Cidadão (SAC) por telefone, e-mail, etc. Essa também é a realidade dos PROCONs e do *site* www.consumidor.gov.br, que poderiam ser mais utilizados. Todos esses procedimentos poderiam resolver os conflitos de forma mais célere, além de dar conhecimento sobre o problema à parte contrária.

A falta de interesse processual demonstra a ausência de uma das condições da ação. O interesse processual deve ser útil (não se pode acionar o Judiciário sem que se possa ter um resultado útil), adequado (a ação deve ser apta para corrigir o fato mencionado pelo autor) e necessário (se não houve acordo extrajudicial, o Estado-Juiz deve ser acionado para resolver a questão, conforme a lei)³²³.

De fato, não há interesse na demanda se o conflito pode ser resolvido fora do Judiciário, com diálogo. Pode haver uma outra interpretação, pois, conforme amplamente detalhado neste trabalho, o Poder Judiciário brasileiro está sofrendo um colapso com a alta demanda processual, sendo uma das causas a sua utilização como um balcão administrativo, ou seja, como a primeira alternativa do interessado.

Amilton Bueno de Carvalho³²⁴ é mais um doutrinador que defende a exclusão de ações completamente desnecessárias do Poder Judiciário. O artigo 330, inciso III, do

³²² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019, p. 204-218.

³²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 281.

³²⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. O Papel dos Juízes na Democracia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 7, 1997, p. 366.

Código de Processo Civil, diz que a petição inicial será indeferida quando o autor carecer de interesse processual.

A não cobrança da demonstração de interesse processual em situações onde é possível exigir um prévio requerimento administrativo, destinado à resolução do conflito de forma extrajudicial (são várias as possibilidades e devem ser definidas caso a caso pelo Judiciário, tal como aconteceu com o INSS e o DPVAT. Exemplos seriam as causas de servidores públicos e casos de saúde, onde a parte deve comprovar que primeiro fez o pedido administrativo junto aos órgãos públicos competentes), gera um inchaço no ajuizamento de ações, assim como no acervo desses processos, o que induz mais uma forma de acesso à justiça ilimitado.

O direito fundamental de acesso à justiça é um daqueles direitos que requer normas de conformação para ser exercido. A comprovação do interesse processual é mais uma norma de conformação que pode ser pensada como facilitadora da diminuição do número de processos ajuizados. As normas processuais servem para isso. Ajudam a organizar o modo como a justiça será acessada, o que não pode ser realizado de qualquer maneira e requer normas de conformação para tanto.

O Poder Judiciário não comporta mais o ajuizamento de ações cujo conflito possa ser resolvido fora dele, às vezes, com o simples diálogo. A ausência de interesse processual pela falta de requerimento administrativo prévio é uma forma de organização de acesso à justiça através de uma condição, que encontra sua base no artigo 330, III, do Código de Processo Civil, podendo a petição inicial ser indeferida. Contudo, para se chegar a essa conclusão, é indispensável toda uma interpretação jurídica.

A lei processual serve para inserir, de forma objetiva e clara, essa filtragem do prévio requerimento administrativo no ordenamento jurídico, como demonstração de interesse processual. O julgador deve fazer uma interpretação sistemática que abarque a ausência de interesse processual, disposta no artigo 330, III, do CPC, no caso de ausência de comprovação de prévio requerimento administrativo, o que demonstra a pretensão resistida.

A condição da ação, relacionada ao interesse processual (norma conforme), serve para organizar o processo. É um freio para evitar situações que envolvam altas quantidades de demandas judiciais propostas, tumultuando o Poder Judiciário acerca de fatos que não necessitariam de ajuizamento de uma ação para a resolução do caso, primeiro caminho a ser tomado.

O direito de acesso à justiça deve ser analisado sob o prisma das normas de conformação do processo, sem que o âmbito daquele direito reste prejudicado, mas que haja uma necessária organização em relação ao acesso ao Poder Judiciário, sem o qual esse Poder se torna uma falácia constitucional, o que não pode ser.

Muitas vezes, as normas de conformação são confundidas com normas restritivas. A diferenciação é bem tênue. As normas de organização não deixam de limitar um pouco o direito fundamental de acesso à justiça, sobretudo quando tratam da organização processual, pois aquele deixa de ser exercido de qualquer forma e com a plena liberdade de escolhas sobre como acionar o Judiciário. É fato que isso não funcionaria, já que a sociedade precisa de regras sociais para sobreviver.

É aí que entra o princípio da proporcionalidade, no intuito de definir se essas normas conformes infraconstitucionais são válidas ou não.

Explica-se.

A conformação normativa relacionada ao interesse processual é proporcional?

Haveria um conflito entre o suposto direito fundamental de acesso à justiça da parte autora e o direito fundamental de paz da parte requerida, que é o de não ser importunado de surpresa, especialmente sem ter tido a oportunidade de resolver qualquer conflito extrajudicialmente, evitando que gaste o seu tempo no labirinto processual (o que bem lembra Franz Kafka, em “O Processo”) e dinheiro com honorários de seu advogado e, se perder a ação, com os honorários do advogado da outra parte, além de ter que arcar com as despesas processuais. Um processo tiraria a paz da parte requerida, pois lhe levaria tempo e dinheiro. Resta claro o conflito entre esses dois direitos diante das suas cargas axiológicas.

Também pode ser sugerido para resolver o problema a aplicação do princípio da proporcionalidade, com provocação na mudança de entendimento dos tribunais, a fim de estender a aplicação do Tema 350 (prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário), objeto de repercussão geral no RE 631240/MG, o que traria igualdade entre as situações.

No que diz respeito ao primeiro subprincípio, o da adequação, verifica-se que o interesse processual deve ser demonstrado através de um requerimento administrativo prévio, com resposta negativa ou omissão em prazo razoável (verificado caso a caso); deve possuir pertinência, uma vez que a interpretação ilimitada do direito de acesso à justiça pode tornar o trabalho do Poder Judiciário mais dificultoso.

A utilização de uma alternativa de solução extrajudicial de conflito, através do prévio requerimento administrativo antes do ajuizamento de uma ação, visa evitar a busca de uma tutela judicial.

A cobrança da pretensão resistida pode trazer eficiência ao trabalho jurisdicional naqueles processos que realmente dependem da interferência do Poder Judiciário. Se o conflito puder ser resolvido de uma forma menos tormentosa, não existe conveniência para que várias dessas situações ocupem o tempo e o espaço do Poder Judiciário, que poderia estar resolvendo outras ações em que fossem realmente indispensável o seu envolvimento. Isso influi positivamente em sua eficiência, pois a tendência é que sejam ajuizadas menos demandas que não necessitam da pronta intervenção do Poder Judiciário.

Em alguns requerimentos administrativos prévios há, inclusive, o fortalecimento e adequação ao princípio da separação dos Poderes, pois quem primeiro deveria analisar a questão seria a administração pública e não o Poder Judiciário, fazendo as vezes daquela. O Estado-Juiz não é administrador e nem possui toda a estrutura administrativa voltada para determinadas situações da vida, como a saúde pública.

Comprovada a adequação da exigência do prévio requerimento administrativo, passar-se-á à demonstração do segundo subprincípio, o da necessidade. Entre as soluções possíveis, a demonstração da utilização pretensão resistida é uma das formas menos gravosas para diminuir o número de demandas desnecessárias no Poder Judiciário brasileiro, pois problema pode ser resolvido previamente fora desse Poder, causando menos desgaste de tempo, emocional e econômico às partes.

Não se requer nada excepcional da parte autora para comprovar o requerimento administrativo, apenas atos da vida comum para as resoluções de problemas corriqueiros do dia a dia contemporâneo, como o acesso ao Serviço de Atendimento ao Consumidor, PROCONS, *site* www.consumidor.gov.br, envio de e-mail, diálogo, notificação extrajudicial, mediação, acesso aos Centros Judiciais de Resolução de Conflitos, telefonemas, etc. Isso demonstra que não existe um excesso de proibição para se ajuizar uma ação judicial sem a demonstração do prévio requerimento administrativo, pois a vida contemporânea possui seus percalços e meios para resolução de conflitos. Não se mostra razoável o ajuizamento de ações que possam resolver todos os atos da vida, pois isso a tornaria inviável.

O Estado-Juiz não pode agir com formalidades excessivas e descabidas. Deve sempre intimar a parte para comprovar o interesse processual, dentro do prazo legal ou razoável. Além disso, deve proporcionar que a parte autora emende a inicial a fim de

evitar o seu indeferimento e efetivar o processo para que ele chegue a uma decisão de resolução de mérito.

Faz-se necessária a extensão do prévio requerimento administrativo, pois os conflitos podem ser resolvidos sem o ajuizamento de ação, fazendo com que a máquina estatal deixe de ser movimentada em relação aos processos que não precisam dela e gastando energia naqueles que necessitam de interferência do Poder Judiciário.

A comprovação do interesse processual, através da demonstração de prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão em tempo razoável na resposta, é uma forma preventiva de acionamento do Judiciário e menos gravosa para os possíveis litigantes, que serão incentivados a resolver seus conflitos extrajudicialmente, de forma consensual, mais rápida e menos onerosa. Ademais, esse tipo de prevenção também se mostra menos prejudicial aos que trabalham no sistema de justiça, que poderão ter um tempo disponível para estudar e trabalhar nas ações que dependem da interferência do Poder Judiciário.

Em consequência, há a tendência do aumento da qualidade do trabalho nessas ações judiciais, além do ensejo de uma tramitação processual mais rápida, que favoreça o desempenho dos membros e servidores do Poder Judiciário, já que serão menos pressionados por eles próprios, pelos órgãos correccionais e pela sociedade.

Por fim, será feita a análise do subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito. Deve existir uma proporção entre os meios utilizados e os objetivos desejados.

A cobrança do prévio requerimento administrativo permite que o interessado ingresse com ação judicial requerida e não elimine o âmbito de proteção do direito fundamental de acesso à justiça. Ao atender à proibição do excesso, não há exagero na utilização de meios em relação ao objetivo almejado (diminuição racional e constitucional da quantidade de ações que são ajuizadas). Ademais, também garante que não haja insuficiência de proteção (o prévio requerimento administrativo pode suprir a necessidade de ajuizamento de demanda judicial).

Existe um custo-benefício claro na exigência do prévio requerimento administrativo, que é considerado uma prova do interesse processual de se ajuizar uma ação, pois todos ganham com essa obrigatoriedade: ganham os possíveis litigantes, ao tentarem resolver seus problemas de forma consensual, sem maiores desgastes emocionais, econômicos e de tempo; ganham os litigantes necessários (que não podiam resolver o conflito de outra forma), que terão seus processos analisados com maior qualidade e em uma carga temporal menor; ganham os servidores e membros do Poder

Judiciário, que terão mais qualidade de vida; e ganha o próprio Poder Judiciário, que melhora sua imagem perante a sociedade e reforça a democracia.

A demonstração do prévio requerimento administrativo (pretensão resistida) representa uma justa medida a partir do momento em que se observa o colapso do sistema de justiça brasileiro, que padece com o uso exagerado de ações judiciais, responsáveis pela resolução de quaisquer ações da vida, sem que se procure, antes de tudo, uma solução extrajudicial, sem gastos econômicos maiores para as partes e para o Estado. Essa medida, inclusive, favorece o cumprimento do princípio constitucional da razoável duração dos processos.

A obrigatoriedade da demonstração do interesse processual, através da exigência de prévio requerimento administrativo nas ações judiciais de modo geral, traria simetria aos entendimentos já pacíficos do Supremo Tribunal Federal em relação a essa comprovação, incluindo as ações que envolvem os benefícios previdenciários e DPVAT.

No RE 631.240³²⁵, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, reconheceu-se o interesse de agir, através da necessidade de requerimento administrativo no INSS, com a negativa do pedido deste ou a sua omissão em apreciar o pedido, sendo essa uma condição

³²⁵ “A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no STF, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (3-9-2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de juizado itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em trinta dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até noventa dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais”. (RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 3-9-2014, P DJE, de 10-11-2014, Tema 350.)

da ação na modalidade de interesse processual, o que gerou o TEMA 350 - Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário.

Atualmente, há unanimidade em relação ao entendimento de necessidade de comprovação do interesse processual, através do requerimento administrativo, nas agências do INSS, com negativa ou omissão com prazo desarrazoado deste para resposta. Esse tema teve repercussão geral no STF. Só mediante essa comprovação, demonstra-se o interesse de agir em face do INSS.

O mesmo acontece em relação aos pedidos de DPVAT. Os tribunais utilizam o tema 350, gerado na decisão do RE 631.240, para firmar a compreensão de que, na petição inicial, cujo pedido é o pagamento de seguro DPVAT, a parte autora precisa provar que fez o requerimento administrativo junto à Seguradora Líder para obter o referido seguro, com a negativa ou omissão com prazo desarrazoado da resposta, conforme se lê no RE 839314³²⁶.

³²⁶ “**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DPVAT. NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL JULGADA PELO PLENÁRIO DO STF NO RE 631.240-RG.** 1. O estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, conforme firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso. 2. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracteriza após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: “2. Inexiste uma das condições da ação, pois que não houve indícios de que fora realizado qualquer pedido administrativo perante a Seguradora reclamada. 3. Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo.” 4. Recurso DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto por Francisco Borges Leal, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão da Turma Recursal Única Cível e Criminal da Comarca de Imperatriz/MA, em parte assim fundamentado (fl. 122): “2. Inexiste uma das condições da ação, pois que não houve indícios de que fora realizado qualquer pedido administrativo perante a Seguradora reclamada. 3. Inexiste necessidade do pronunciamento judicial, pois não havendo que se falar em pretensão resistida a justificar a propositura da presente demanda, não há o interesse de se ingressar com a demanda em juízo.” Nas razões do apelo extremo sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, alega violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. O Tribunal a quo admitiu o recurso extraordinário. É o relatório. DECIDO. Não merece prosperar o recurso. O estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação é compatível com o princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, previsto no art. 5.º, XXXV da Constituição Federal. A ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas, consoante firmado pelo Plenário da Corte no julgamento de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 631.240, Rel. Min. Roberto Barroso, Sessão do dia 03.09.14, conforme se pode destacar do seguinte trecho da manifestação do referido julgado: “A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.” Ex positis, DESPROVEJO o recurso, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 10 de outubro de 2014. Ministro LUIZ FUX Relator Documento assinado digitalmente”. (RE 839314, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 10/10/2014, publicado em DJe-202 DIVULG 15/10/2014 PUBLIC 16/10/2014) – destaques acrescentados.

Na decisão de repercussão geral proferida no RE 631.240, restou definido que “a ameaça ou lesão a direito aptas a ensejar a necessidade de manifestação judiciária do Estado só se caracterizam após o prévio requerimento administrativo, o qual não se confunde com o esgotamento das instâncias administrativas”.

Esse entendimento precisa ser ampliado para outras situações, como, por exemplo: nos casos de saúde, quando a parte precisa demonstrar que requereu o medicamento, inserido no RENAME, junto ao órgão competente; nas situações envolvendo servidores públicos e seus direitos trabalhistas; nos diversos casos envolvendo consumidores; nos bancos; nas companhias de energia elétrica e água; na telefonia, etc. Há também os casos em que se requer o fornecimento de leito médico. O paciente necessita demonstrar que está inserido no sistema de regulação de leitos e há uma demora não razoável em sua pronta transferência.

O artigo 153, § 4º, da Constituição Federal de 1967³²⁷, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 7/1977, previa o aludido esgotamento das instâncias administrativas para o ajuizamento de uma ação judicial por lesão à direito, porém, não é esse o sentido do interesse processual ora debatido.

Cássio Scarpinella Bueno³²⁸, nas ações de mandado de segurança, entende que não há interesse processual na impetração do *writ* se não houver recurso administrativo impugnando eficazmente o ato ou o fato que é entendido como ilegal ou abusivo³²⁹.

Em outro *writ* constitucional, o *habeas data*, sua lei, de n.º 9.507, de 12 de novembro de 1997, estabelece no parágrafo único do artigo 8º que a petição inicial deverá ser instruída com a prova do interesse processual e, nem por isso, tal norma é inconstitucional. Compete ao legislador ordinário a organização do procedimento legal em relação ao instituto do *habeas data*, que pode dar os condicionantes de acesso à justiça,

³²⁷ “Art. 153. [...] § 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

³²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Anova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

³²⁹ De acordo com Lúcio Picanço Facci: “No que se refere à judicialização das relações jurídico-administrativas seus efeitos perniciosos não se limitam ao aumento da carga de serviço dos juízes e dos percentuais de processos nos quais o Estado figure como parte: além de reforçar a descrença da população na capacidade das instâncias administrativas em resolverem seus problemas, o repasse contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória também contribui para que a Administração se torne cada vez mais ineficiente. Isso porque, no lugar de estimular a melhoria e a ampliação dos serviços pela própria Administração Pública, as soluções dos conflitos entre o Estado e o cidadão têm sido reiteradamente construídas dentro do espaço judicial.” *In*: FACCI, Lúcio Picanço. Conciliação no Direito Processual Público: Novos paradigmas e Experiência recente da Advocacia Geral da União. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 106, jan. 2012, p. 92.

porém, não pode abolir ou impedir com restrições que violem o princípio da proibição do excesso³³⁰. A referida lei é mais uma norma conformadora de acesso à justiça.

Algumas leis já preveem a prévia submissão do conflito à resolução extrajudicial antes do ajuizamento da ação, como no caso de reclamações em face de decisões judiciais ou atos administrativos que neguem vigência ou aplicação de súmula do STF, conforme o artigo 7º da lei n.º 11.417/2006; nos casos de despejo em contratos de aluguel por tempo indeterminado, cujos proprietários, para rever os imóveis, devem notificar extrajudicialmente os locatários, conforme os artigos 46, §2º e 57 da lei n.º 8.245/1991.

Todos esses casos são de normas de conformação ligadas ao direito fundamental de acesso à justiça, e ocorrem através de processos e procedimentos, os quais podem ser utilizados como parâmetros para a evolução da aplicação da necessidade de comprovação do interesse processual em outras situações semelhantes.

Deve haver uma evolução para que ocorra uma mudança legislativa, com norma clara, sobre a necessidade de demonstração de prévio requerimento administrativo, com resposta negativa ou omissão na resposta dentro de um prazo considerável, antes do ajuizamento da ação, de modo que não haja dúvidas em relação a isso.

A importância dessa condição da ação de interesse processual, através da demonstração da pretensão resistida, é ratificada pelo projeto de lei que tramita na Câmara dos Deputados, visando o acréscimo de um parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, que trata justamente de inserir na legislação, de forma clara, essa necessidade de demonstração da pretensão resistida antes do ajuizamento de ações judiciais, finalizando o debate sobre entendimentos divergentes sobre o assunto. Trata-se do projeto de lei n.º 533/2019, de autoria do Deputado Federal Júlio Delgado³³¹. A parte demandada deve ter o direito de evitar conflitos judiciais.

³³⁰ De acordo com Kanuo Watanabe: “Essa exigência de prévia submissão dos interesses contrariados ou insatisfeitos a uma instância não jurisdicional, credenciada a recepciona-la e quiçá resolvê-los, projeta efeitos positivos no desejável equilíbrio entre os Poderes da República, cujas funções interagem como vasos comunicantes, notando-se que a recusa, a ineficiência ou a oferta insatisfatória de uma dada prestação por certa instância administrativa, acaba por insuflar a contenciosidade social, a qual está na raiz da crise numérica de processos que assombra o Judiciário. Esse contexto se exacerba quando se examina o vazio da transferência, aos Juizados Especiais Federais, de tarefas e atribuições típicas e precípua do INSS (análise, instrução e decisão de pretensões previdenciárias) assim praticamente convertendo tais órgãos judiciais numa extensão ou uma longa manus da instância administrativa”. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 97.

³³¹ Referido projeto de lei possui a seguinte redação “Art. 1º. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que estabelece o Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida da seguinte redação: ‘Art. 17. Parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.’ (NR) [...] ‘Art. 491

Enquanto não ocorre essa mudança legislativa, os magistrados devem reforçar a interpretação de que não existe interesse processual com ausência de demonstração de prévio requerimento administrativo, tal como já acontece de forma consolidada nas decisões em torno de ações ajuizadas ligadas ao DPVAT e aos benefícios previdenciários. Não há razão de ser diferente, ou seja, de a interpretação ficar restrita somente a esses dois casos³³².

Com a utilização dessa técnica na comprovação de interesse processual através do prévio requerimento administrativo, é possível revisar esse costume de tornar o Poder Judiciário um balcão administrativo, com demandas que poderiam ser resolvidas fora dele e de maneira mais simples e rápida, desafogando o Poder Judiciário. É fundamental dar uma interpretação mais coerente para o inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Desta feita, resta demonstrado que o interesse processual, enquanto condição da ação, e a norma processual conforme do direito fundamental de acesso à justiça são válidos, pois são proporcionais e evitam formalidades excessivas e descabidas, tornando o processo efetivo numa futura sentença com resolução de mérito. Além disso, pode trazer paz à relação processual, pois a parte adversária não será acionada de surpresa, tendo a escolha de resolver o conflito antes do ajuizamento de uma ação e, com isso, ter custos menores.

[...] § 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial.' (NR) 'Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.'"

³³² Rodolfo de Camargo Mancuso reforça esse entendimento ao afirmar que: "esse renovado pensamento enseja que desse modo as instâncias administrativas e parajurisdicionais se vejam estimuladas a se estruturar para atender com eficiência os objetivos a que se preordenam, e ainda estabelece um legítimo elemento de contenção contra o demandismo excessivo". *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 97.

5 CONCLUSÃO

Diante de tantos números, não é tarefa fácil pensar em estratégias que levem à modificação “do mesmo de sempre”.

O rompimento com a tradição e o costume dentro das atividades corriqueiras de um Poder, com a adoção de novos entendimentos ou a defesa de pequenas correntes doutrinárias e jurisprudências, não é algo descomplicado, principalmente quando se mexe com parâmetros de um direito fundamental, o que promoveria, em tese, sua limitação. Essa suposta limitação seria o reforço a correntes doutrinárias e jurisprudenciais que servem, justamente, para fortalecer o acesso à justiça ao promover uma utilização mais racional do Poder Judiciário.

Esse trabalho de qualificação de acesso à justiça não se esgota com o uso de normas de conformação, restrição e utilização do princípio da proporcionalidade em seu sentido amplo, em particular nos casos de gratuidade da justiça, ativismo judicial e prévio requerimento administrativo, conforme defendido nesta dissertação, mas visa destacar o início de uma longa discussão sobre o tema.

A diminuição de ações judiciais nos tribunais de forma racional e constitucional é um caminho que precisa ser pensado com seriedade, pois o intuito é reavaliar as interpretações ilimitadas ao direito fundamental de acesso à justiça.

Normas de conformação e restrições são necessárias, mas são incapazes de prever todas as regras da vida. Assim, o princípio da proporcionalidade permite que os juízes utilizem dos subprincípios da adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, para os fatos que chegam aos tribunais e que não podem ser simplesmente solucionados com a aplicação da subsunção dos fatos às normas. A utilização do princípio da proporcionalidade, em seu sentido amplo, utiliza da hermenêutica, com bases jurídicas, para entender a restrição dos direitos fundamentais.

A interpretação das normas de conformação e de restrição, aliadas ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, foram utilizadas na aplicação do benefício da justiça gratuita, chamando atenção para o seu deferimento apenas quando houver provas para tanto. A melhor análise acerca do direito constitucional de gratuidade da justiça propicia o fortalecimento do acesso à justiça, a igualdade entre as partes (somente terá deferida a gratuidade quem tiver provas sobre a falta de condições financeiras para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios) e a observância da regra de reserva do possível relacionada ao Poder Judiciário, que precisa de orçamento para desenvolver suas

atividades. O Poder Judiciário não pode dispensar custas judiciais (que possuem a natureza jurídica de tributos, correspondentes às taxas) de uma forma tão simples, sem requerer provas para a obtenção da gratuidade, pois as atividades judiciais possuem custos, e estes são elevados.

Ademais, ressalta-se a análise em torno do problema de acesso à justiça e o ativismo judicial. O referido fenômeno vem adentrando no Poder Judiciário de forma um tanto natural, atribuindo-lhe funções constitucionais de outros Poderes, o que gera o aumento expressivo de demandas judiciais, enfraquecendo a democracia e o princípio constitucional da separação dos Poderes. Tal cenário não seria louvável ao país e ao próprio funcionamento da justiça, que fica com suas decisões, decorrentes do ativismo constitucional, questionadas.

Por fim, discorreu-se acerca do acesso à justiça com a cobrança de um prévio requerimento administrativo como interesse processual. A resposta negativa ou omissão da resposta em prazo razoável demonstrariam, de forma simples, o interesse na demanda judicial. Se houver resolução extrajudicial nas situações em que isso seja possível, é certo que a quantidade de ações ajuizadas também reduzirá. Ações sem a demonstração de prévio requerimento administrativo entopem o Poder Judiciário, que fica impossibilitado em dar o razoável andamento processual às ações cuja intervenção desse Poder seja primordial.

Essa condição não pode ser vista como um exaurimento da instância administrativa. Deve haver uma releitura da lesão ou ameaça ao direito sem o prévio requerimento administrativo em outras situações, como já decidido no RE 631.240, que considera as ações movidas diante do INSS e do pedido de DPVAT. Esses exemplos denotam que o filtro do prévio requerimento administrativo precisa ser ampliado para outras situações, pois o parâmetro é o mesmo.

As normas conformes e restritivas, além da aplicação do princípio da proporcionalidade, foram aplicadas nas situações aqui trabalhadas, com a finalidade de gerar casos que diminuam a quantidade de demandas ajuizadas no Poder Judiciário brasileiro, as quais extrapolam o razoável e adoecem esse Poder. Atualmente, o Poder Judiciário concentra uma quantidade de processos que corresponde a um terço da população brasileira.

As alternativas sugeridas neste trabalho não solucionam completamente a adversidade mencionada, mas são um acréscimo a essa discussão que deve ser continuada.

É certo que a diminuição do ajuizamento de uma grande quantidade de ações tende a gerar uma maior eficiência e efetividade ao Poder Judiciário e à racionalização do exercício do direito fundamental de acesso à justiça, sem anular o seu âmbito de proteção. Um Poder Judiciário mais eficiente proporciona uma sociedade e democracia mais fortalecidas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, December. 2003.

ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta. Sistema brasileiro de precedentes: uma promessa não cumprida de redução da litigiosidade? *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRIEUX, François. **Le meunier de Sans-Souci**. [1745]. Disponível em: <http://fr.wikisource.org/wiki/Le_Meunier_Sans-Souci>. Acesso em: 28 jan.2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n.º 04, jan.-fev. 2009.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. *In*: MORAES, Vânia Cardoso André de (coord.). **As demandas repetitivas e os grandes litigantes**: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. BRANCO, José Denilson. O País dos paradoxos: tem os juízes mais produtivos do mundo, mas um Judiciário dos mais morosos e asoberbados. **Estadão**, 09 set. 2014. Arena Jurídica. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dias Toffoli destaca produtividade do Judiciário no Congresso Nacional**. Brasília, 03 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ministro-dias-toffoli-destaca-produtividade-do-judiciario-no-congresso-nacional/>. Acesso em: 06 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números - ano 2018**. Ano-Base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**. Ano-Base 2018. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça mantém produtividade e destina quase R\$ 200 mil para combate à pandemia**. Brasília, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/em-tres-semanas-justica-destina-quase-r-200-milhoes-para-combater-coronavirus/>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **03 – Taxa de Congestionamento**. Brasília, [2020]. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/#:~:text=Descri%C3%A7%C3%A3o%3A%20taxa%20de%20congestionamento,per%C3%ADodo%20anterior%20ao%20per%C3%ADodo%20base](https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/missao-visao-e-valores-do-poder-judiciario/indicadores/03-taxa-de-congestionamento/#:~:text=Descri%C3%A7%C3%A3o%3A%20taxa%20de%20congestionamento,per%C3%ADodo%20anterior%20ao%20per%C3%ADodo%20base.). Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Os 100 Maiores Litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. [2020]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 16 fev. 2020. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, de 18 de setembro de 1946**. Brasília: Presidência da República, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824, de 25 de março de 1824**. [1841]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891, de 24 de fevereiro de 1891. Brasília: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, de 16 de julho de 1934. [1935]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, de 10 de novembro de 1937. Brasília: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 15 de março de 1967. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em: 27 jun. 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Projeções e estimativas da população do Brasil e das Unidades da Federação. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, especificada em Lei. Brasília: Presidência da República, 1950. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1050.htm Acesso em: 2 jun. 2020 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1050.htm Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. APL: 01600450620188060001. Relator: Durval Aires Filho. 4ª Câmara Direito Privado. Data de Julgamento: 19/11/2019, Publicado em: 19/11/2019. Disponível em: www.tjce.jus.br. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **AI: 10000190960187001**. Relator: Sandra Fonseca. Julgado em: 08/10/2019. Publicado em: 16/10/2019. Disponível: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 448.079/SP**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Julgado em: 27/05/2014. Publicado em: 04/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.323.108/ES**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 10/06/2019. Publicado em: 14/06/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.387.536/MS**. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Julgado em: 08/04/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.457.715/SP**. Relator: Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma. Julgado em: 05/12/2019. Publicado em: 11/12/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.116.828/SP**. Relator: Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região). Quarta Turma. Julgado em: 14/11/2017. Publicado em: 20/11/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.444.702/RN**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 11/06/2019. Publicado em: 28/06/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.458.322/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 05/09/2019. Publicado em: 25/09/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.655.686/SP**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 22/08/2017. Publicado em: 06/09/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 591.168/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 23/06/2015. Publicado em: 03/08/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AgRg no AREsp 711.411/MT**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 08/03/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp 1150183/SP**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em: 25/11/2019. Publicado: 28/11/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EAREsp 395.857/SP**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Corte Especial. Julgado em: 13/03/2014. Publicado em: 21/03/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acessado em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.122.012-RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 6/10/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp: 1.185.828 RS 2011/0025779-8**. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Corte Especial. Julgado em: 09/06/2011. Publicado em: 01/07/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1.251.505 RS 2011/0096578-1**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, Data de Julgamento: 14/06/2011. Publicado em: 31/08/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.846.232/RJ**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em: 05/12/2019. Publicado em: 19/12/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no AREsp 259.029/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 19/02/2013. Publicado em: 13/03/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 12/04/2012. Publicado em: 30/04/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 402 M**. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2016. Publicado em: 29/08/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 135.850 AgR**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado: 23/4/1991, 2ª Turma. Publicado em: 24/5/1991. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=274619>. Acesso em: 16 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 152.676 AgR**. Relator, Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 15/9/1995, 1ª Turma. Publicado em: 3/11/1995. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **APF n.º 153, julgada em 29 de abril de 2010**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+153%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+153%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b7jvvbd>. Acesso em: 05 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 70.814/SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 1º de março de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.328**. Relator: Ministro Celso de Mello. 1ª Turma. Julgado em: 21/3/1995. Publicado em: 11/12/2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur170607/false>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC: 82.959 SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em: 23/02/2006. Publicado em: 01/09/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082959%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 09/08/2016. Publicado em: 16/03/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF**. 30 maio 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>. Acesso em: 24 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 4.556 AgR**, Relator, Ministro Eros Grau. Julgado em. 25-6-2009. Publicado em: 21-8-2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284556%2ENUME%2E+OU+4556%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/sb2onj3>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 113.958**. Relator, Ministro Ilmar Galvão. Julgado em: 15/10/1996, 1ª Turma. Publicado em: 07/02/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=204398>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 172.084**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 29/11/1994, 2ª Turma. Publicado em: 03/03/1995. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=219427>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 205.746**. Relator: Ministro Carlos Velloso. 2ª Turma. Julgado em: 26/11/1996. Publicado em: 28/2/1997. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur30503/false>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 418.376**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 09/02/2006. Publicado em: 23/03/2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92574/false>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 429.903**. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. Julgado em 25/06/2014. Publicado em: 14/08/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 631.240**. Relator: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em: 03/09/2014. Publicado em: 10/11/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 839.314**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 10/10/2014. Publicado em: 15/10/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rp 1.077 RJ**. Relator: Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgado em: 28/03/1984. Publicado em: 28/09/1984. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Rp%201077%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acessado em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 481**. Corte Especial. Julgado em 28/06/2012. Público em 01/08/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Anova lei do mandado de segurança**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed., 20ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Norfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O Papel dos Juízes na Democracia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, nº 70, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CHIOVENDA. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

CUNHA, Dalboni Izimar. **Eutanásia: a busca da morte digna**. Curitiba: Primas, 2017.

DATAFOLHA, INSTITUTO DE PESQUISA. **Brasileiros veem Forças Armadas como instituição mais confiável**. São Paulo, 15 abr. 2019. Disponível em: <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2019/04/1987746-brasileiros-veem-forcas-armadas-como-instituicao-mais-confiavel.shtml>. Acesso em: 06 fev. 2020.

DE CARA, Juan Carlos Gavara. **Derechos fundamnetales y Desarrollo Legislativo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1994.

DIAS, Bruno de Macedo. **A Constitucionalidade de Filtros ao Acesso à Justiça como Mecanismo para Assegurar o Funcionamento Sustentável do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 29ª ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2017. v. 1

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito à inafastabilidade do poder judiciário. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 165-175.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.

DUARTE, David. Analogy and Balancing: The Partial Reducibility Thesis and Its Problems. **Revus - Journal for Constitutional Law and Philosophy of Law**, n. 25. 2015.

FACCI, Lúcio Picanço. Conciliação no Direito Processual Público: Novos paradigmas e Experiência recente da Advocacia Geral da União. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 106, jan. 2012.

FERRAZ, Taís Schilling; MORAES, Vânia Cardoso. **Nota Técnica n.º 22, de 31 de maior de 2019**. Centro de Inteligência da Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. p. 03 e 23.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Paris: Imprensa Oficial, 1789.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, George Marmelstein. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2627>. Acesso em: 14 fev. 2020.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

LOPES, João Batista. **Curso de Direito Processual Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005.

KMIEK, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. **California Law Review**, oct. 2004.

KRUSCHEWSKY, Eugênio. Direito de acesso ao judiciário. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coords.). **Direitos constitucionalizados**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Alberto Carneiro. **Perspectivas do Processo Coletivo no Movimento de Universalização do Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 2017.

MARSHALL, Willian P. Conservatism and the Seven of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, Chapel Hill, n. 73, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTENEGRO, Manoel Carlos. Produtividade do primeiro grau é maior, apesar de déficit de pessoal. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 08 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/produtividade-do-primeiro-grau-e-maior-apesar-de-deficit-de-pessoal/>. Acesso em: 04 fev. 2020.

MORAES, Alexandre. Imunidades parlamentares. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, ano 6, n. 21, janeiro-março, 1998.

NETO, Emetério Silva de Oliveira. **Fundamentos do Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NOTAS sobre a Assim Designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 03, p. 116-149, jul./set. 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

O CONTROLO de Inconstitucionalidade por Omissão no Ordenamento Brasileiro e a Tutela dos Direitos Sociais. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra República Federativa do Brasil**. Washington, DC: CIDH, 26 mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969**. São José da Costa Rica: Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, 1969.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Assembleia da República, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 03/10/2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, março/abril/maio 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Que formação para os magistrados nos dias de hoje? **Revista do Ministério Público**, Lisboa, 3º trimestre de 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 37^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os Impactos do Ativismo Judicial no Sistema Político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em Tempos de Crise. *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nélson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio; MORAES, Maurício Zanoide (orgs.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Malheiros, 2009. T. I.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. *In*: RÚBIO, David Sánches; FLORES, Joaquín Herrera. CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos Humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conervative Politics. **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, 2002.